الحقوق العينية الأصلية

أحكامها ـ مصادرها

دكتور
نبيل ابراهيم سعد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
كلية الحقوق ـ جامعة الاسكندرية
المحامى بالنقض

٢٠٠٥

دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير الأزاريطة / الاسكندرية
ت: ٤٨٦٨٠٩٩

تمهيد

تتعلق هذه الدراسة بموضوع هام من موضوعات القانون المدنى ألا وهو الحقوق العينية الأصلية. وينصرف إصطلاح الحقوق العينية الأصلية إلى حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق.

وهذه الدراسة لا تتناول سوى الملكية الخاصة، أو ما يطلق عليها "الملكية الفردية" وهى التى تثبت لشخص من أشخاص القانون الخاص، طبيعياً كان أو معنوياً.

وقد نظم القانون المدنى المصرى الحقوق العينية الأصلية فى الكتاب الثالث من القسم الثانى فى المواد ٨٠٢ ـ ١٠٢٩.

وتنقسم هذه الدراسة إلى قسمين رئيسيين:

القسم الأول: أحكام الحقوق العينية الأصلية.

القسم الثانى: مصادر الحقوق العينية الأصلية.

نعرض فى هذه المقدمة لكل من الحق العينى والحق الشخصى لنقف على التفرقة بينهما، ثم نتعرف بعد ذلك على خصائص الحق العينى، وأخيراً نتساءل عما إذا كانت الحقوق العينية قد وردت على سبيل الحصر أم لا؟

أولاً: الحق العينى والحق الشخصى

يعرف الحق بصفة عامة بأنه الاستئثار الذى يقره القانون لشخص، ويكون له بمقتضاه التسلط على شئ معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر "[1]. فجوهر الحق هو الاستئثار، هذا الاستئثار يتجسد فى صورة تسلط على شئ معين كما هو الشأن فى الحق العينى. هذا الاستئثار والتسلط يكشف عن الصلة المباشرة بين صاحب الحق ومحل الحق. فصاحب الحق يستطيع أن يمارس كافة السلطات التى يخولها له الحق دون وساطة أحد. أما الحق الشخصى فجوهره أيضاً الاستئثار ولكن هذا الاستئثار لا يعطى لصاحبه إلا اقتضاء أداء معين من شخص آخر. فصاحب الحق لا يستطيع أن يصل إلى حقه إلا عن طريق شخص آخر، فالحق الشخصى يتمثل فى رابطة قانونية بين شخصين.

فمناط التفرقة بين الحق والعينى والحق الشخصى يكمن فى محل الحق. فالحق العينى يرد مباشرة على شئ معين، أما الشخصى فإنه يرد على عمل معين[2]. وأيضا فى أطراف كل من الحق العينى والحق الشخصى. والحق العينى الأصلى هو الحق المقصود فى ذاته ولذاته لما يخوله لصاحبه من منافع إقتصادية. ويقابله الحق العينى التبعى، وهو حق يتقرر على عين أو أعيان معينة للمدين ليعمل على ضمان الوفاء بالتزام معين. فهذا الحق غير مقصود لذاته، حيث أنه لا يخول لصاحبه التمتع بمنافع الشئ كلها أو بعضها، وإنما لما يحققه من ضمان. فالحق العينى التبعى يقتصر أثره على مظهر من مظاهر الشئ هو قيمته المالية فيكون لصاحبه أن يستوفى دينه من قيمة الشئ المالية.

---

(١) أنظر فى تفصيل هذا التعريف، نظرية الحق، للمؤلف، بيروت ١٩٩٤، ص ٨ .

(٢) أنظر فى محاولات التقريب بين الحق العينى والحق الشخصى نظرية الحق للمؤلف السابق الإشارة إليها.

الحق العينى الأصلى يخول صاحبه؛ بحسب الأصل، السلطات التى تمكنه من الحصول على كل منافع شئ معين، كحق الملكية التامة، أو نسبة من هذه المنافع، كالحقوق العينية المتفرعة عن الملكية. فالحقوق العينية الأصلية تتمثل فى حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق. فحق الملكية يخول لصاحبه جملة السلطات التى يمكن أن يمارسها الشخص على الشئ من استعمال واستغلال وتصرف، فى الحدود التى يرسمها القانون لنطاق هذا الحق. أما الحقوق المتفرعة عن الملكية لا تخول إلا بعضاً من هذه السلطات.

وستتركز دراستنا على الحقوق العينية الأصلية مما يستلزم معه بيان خصائصها، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانياً: خصائص الحق العينى: حق التتبع وحق الأفضلية

من المسلم به أن أهم ما يميز الحق العينى فى مواجهة الحق الشخصى أنه يعطى لصاحبه ميزتى التتبع والأفضلية. لكن هل هذه الميزة عامة بالنسبة لكل الحقوق العينية، أصلية كانت أو تبعية، أم أنها قاصرة فقط على الحقوق العينية التبعية وحدها؟

والسبب فى هذا التساؤل، من وجهة نظرنا، يرجع إلى أن وظيفة الحقوق العينية التبعية وجوهرها هو ضمان الوفاء بالتزام معين عن طريق ما تعطيه لصاحبها من أولوية، على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة، فى استيفاء دينه من القيمة المالية للشئ محل الحق العينى التبعى. ولصاحب الحق العينى التبعى أن يمارس هذه الأولوية على القيمة المالية للشئ محل الحق فى أى يد يكون، أى يكون له حق التتبع. ولذلك فإن ميزتى الأفضلية والتتبع فيها أظهر وأوضح ما يكون.

أما الحقوق العينية الأصلية فإن وظيفتها وجوهرها هو التسلط على شئ معين للاستئثار بمنافعه الاقتصادية، كلها أو بعضها. لذلك فإن ميزتى الأفضلية والتتبع أقل وضوحا لأنهما لا يظهران إلا عند منازعة صاحب الحق فى حقه.

ولذلك قد ثار خلاف فى الفقه حول هذا الموضوع. فنجد الإجماع ينعقد على أن الأفضلية والتتبع يعتبران من صميم الحقوق العينية التبعية لارتباط ذلك بوظيفتها وجوهرها. أما بالنسبة للحقوق العينية الأصلية فاختلف الفقه بصددها، فمن الفقهاء ما يرى أن ميزتى التتبع والأفضلية لا ينصرفان إلى هذا النوع من

الحقوق[١]. ومنهم من يرى أن الحقوق العينية الأصلية تتضمن حق التتبع فحسب دون حق الأفضلية الذى يظل قاصراً على الحقوق العينية التبعية[٢].

ونحن نرى، مع غالبية الفقهاء[٣]، أن الحقوق العينية جميعها تخول من تقرر له حق التتبع والأفضلية دون تفرقة فى هذا بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، والفارق بينهما ينحصر فقط فى درجة ظهور أو وضوح كل من حق التتبع وحق الأفضلية.

وذلك كله يرجع إلى جوهر وطبيعة الحق العينى ذاته، فهو يتمثل فى سلطة مباشرة على شئ معين، بحيث يكون لصاحبه أن يباشرها دون وساطة شخص آخر. مقتضى ذلك، أولاً، أن يكون لصاحب الحق أن يتتبع الشئ محل الحق فى أى يد يكون ويتمسك بحقه ضد كل من يحوز الشئ، أياً كان سند هذه الحيازة، هذا هو حق التتبع، ثانياً، أن يكون لصاحب الحق أن يستأثر وحده بسلطاته كاملة على الشئ دون مزاحمة من أحد، هذا هو حق الأفضلية.

على ذلك فإن حق التتبع وحق الأفضلية ليسا إلا ميزة أو مكنة تقتضيها طبيعة الحق العينى ذاته. كما أنهما خاصيتان تتصلان بجوهر الحق وليسا سلطة خارجية تضاف إليه[٤].

---

(١) أنظر:

Chauveau; classification nouvelle des droits réels et personnels., Rve. Crit. Leg. Jur. 1931 pp. 539 – 612 note no 10; Bonnecase, Supplement au traité de Baudry – Lacantinery, T. V. no 105.

شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العينى، ١٩٥٩، فقرة ١٥، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم البدراوى، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٥٩ فقرة ٣ وهو يسلم بحق التتبع بالنسبة للحقوق العينية الأصلية المتفرعة من الملكية دون حق الملكية ذاته وكذلك عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٨، حقوق الملكية، ١٩٦٧، فقرة ١١٩.

Planiol – Ripert et Picard, Traité pratique de droit Civil, 2e éd., 1952, no 45.

(3) Beaudant, Cours de droit civil français, 2e édit t 4, les biens, par Voirin, 1938, no 43 p. 67 et S

J. Derruppé, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Th. Toulouse, 1952, Préface. J. Maury, no 181 – 184.

وأنظر في مصر، محمد على عرفة، حق الملكية، جـ ١، ١٩٥٤، فقرة ٤، إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، جـ ١. حق الملكية، فقرة ٣، حسن كيره، الموجز فى أحكام القانون المدنى، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها ١٩٩٣، فقرة ٨، ص ٢١، عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٨، فقرة ٣، ص ٧، توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨، فقرة ٤ ص ٢٠.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣ ص ٧، ٨.

إذا كان من جوهر الحق العينى التتبع والأفضلية فإنه بذلك يمثل خطراً على الغير حسن النية: فقد يتعاقد هذا الغير على الشئ وهو غير عالم بوجود حق عينى عليه لآخر. كما أن الدائن قد يرتضى ائتماناً للمدين استناداً لما فى ذمته من أشياء يعتقد أنها مملوكة ملكية خالصة له غير عالم بوجود حقوق عينية عليها لآخرين. لذلك اقتضى الأمر وضع نظام يكفل حماية الغير حتى لا يفاجأوا بوجود حقوق عينية يجهلونها. هذا النظام يختلف باختلاف طبيعة محل الحق العينى، فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً.

ففى العقار تنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على ضرورة تسجيل جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية، الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام المثبتة لشئ من ذلك، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوى الشأن(١). أما التصرفات المقررة أو الكاشفة لحق من تلك الحقوق، فيجب تسجيلها كذلك، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير (م ١٠ من قانون الشهر العقارى) (٢) وبالنسبة لحق الإرث توجب المادة ١٣ من هذا القانون شهره إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، وإلى أن يتم التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق(٣).

وبالنسبة للحقوق العينية التبعية فيجب، كقاعدة عامة، إن كان محلها عقاراً، أن تقيد حتى تكون نافذة فى حق الغير (م ١٠٥٣، ١٠٩٠ و ١١١٤ ـ ١١٤٩ مدنى مصرى) (٤).

أما فى المنقول الذى لا يستقر، كقاعدة عامة، فى مكان واحد ويصعب تعيينه تعييناً ذاتياً(٥)، لم يتبع المشرع بصدده إجراءات شهر معينة كما فعل بالنسبة للعقار وإنما قرر نظاماً آخر يتلاءم مع طبيعته. هذا النظام يرتكز على

---

(١) انظر مادة ٢٦ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤.
(٢) قارن المادة ٢٧ من قانون السجل العينى.
(٣) قارن المادة ٣٠ من قانون السجل العينى.
(٤) قارن المادة ٢٩ من قانون السجل العينى.
(٥) بالنسبة للمنقولات التى يمكن تعيينها تعييناً ذاتياً كالسفن والطائرات والسيارات يتبع بصددها اجراءات شهر معينة.

أن الحيازة فى المنقول بسبب صحيح وحسن نية تعد سنداً للحائز. (م ٩٧٦ مدنى مصرى).

ثالثاً: هل الحقوق العينية وردت على سبيل الحصر؟

هذه مشكلة قديمة حديثة. فقديماً كان جمهور الفقهاء يعتبر هذه نتيجة طبيعية للتفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى. وذلك على أساس أن الحقوق الشخصية لا تخضع لحصر أو لعد، فالإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من حقوق والتزامات بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب. أما الحقوق العينية فقد وردت فى القانون على سبيل الحصر ولا سلطان للإرادة فى إنشاء حقوق عينية جديدة. والسبب فى هذا الإختلاف بين النوعين من الحقوق يرجع، أولاً، إلى نسبية أثر الحق الشخصى مما يسمح بإعطاء الإرادة سلطة فى إنشاء هذه الحقوق فى حدود النظام العام والآداب. أما الحق العينى فهو مطلق يمكن الإحتجاج به فى مواجهة الكافة، وبالتالى لا يمكن إخضاع الكافة لاتفاق بين الأفراد ينشئ حقاً عينياً لم ينص عليه القانون[١]. ثانياً: أن نظام الملكية والحقوق العينية، أصلية كانت أو تبعية، من الأمور المتعلقة بالنظام العام[٢] ولهذا لا يوجد للإرادة سلطان فى هذا المجال.

وبالرغم من ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن للإرادة مطلق السلطان فى إنشاء الحقوق الشخصية والحقوق العينية على حد سواء طالما التزامت حدود النظام العام. ويرى هؤلاء الفقهاء أن نصوص القانون المدنى لا تتعارض مع إمكان إنشاء حقوق عينية جديدة أو تغيير طابع الحقوق التى أوردها القانون عن طريق التعديل أو التجزئة لحق الملكية[٣]. ويشار فى هذا الصدد إلى حكم قديم جداً صادر من غرفة العرائض فى ١٣ فبراير ١٨٣٤ [٤].

---

(1) Ripert et Boulanger, d'aprés de planiol, 1957, t. II, no 2168, p. 739.
شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٦، ص ٣٠ وما بعدها.

(2) Beaudant, Cours de droit civil français, t. IV, op. Cit., no. 70 p. 63.

(3) Baudry – Lacantinerie et chauveau, Traité théorique et pratique de droit civil, des biens, 3e édit 1905, no 193.
F. Gény., Méthode d'interpreation et sources en droit privé positif, 2e édit, Vol. I, no 80, P. 183, note 2 et vol. II., p. 154, note 2; Science et technique en droit privé positif, Vol. III, no 208, P. 131 – 135; Planial et Reipert et Picard op. Cit., no 48 p. 54 – 55.
وفى مصر عبد المعطى الخيال، الأموال، فقرة ٩٥ (كتاب لم يكمل) مشار إليه فى إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤ ص ١١ هامش ٢، أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمي، ١٩٧٠، فقرة ١١ ص ٥١ حيث يرى أن هذه التأمينات ليست واردة على سبيل الحصر، ولكن هناك تأمينات أخرى وردت فى مواضع أخرى.

(4) S. 1834, I. 205; D. P. 1834, I. 118 et D. Jur. Gen. Vo propriété no 68 note I.

ثم عادت هذه المشكلة تفرض نفسها بشدة من جديد بصدد شرط الإحتفاظ بالملكية وخاصة بعد أن نظمه المشرع الفرنسي بقانون ١٢ ١٩٨٠. ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن عقد البيع المتضمن شرط الإحتفاظ بالملكية ينقل بعض خصائص الملكية في شكل حق عيني، الذى يتحتم تحليله على أنه تجزئة لحق الملكية[1] وذلك على غرار القانون الألماني. بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى أن الحرية التعاقدية في إنشاء حقوق عينية جديدة يصطدم بعقبتين، الأولى، طالما أن الأمر يتعلق بحق عيني مطلق فإنه يقع على عاتق الكافة التزاما باحترامه. وهذا يصطدم بمبدأ نسبية أثر العقد المنشئ له. الثانية إن إنشاء حقوق عينية مرتبطة بصفة عامة بتوافر وسائل فنية حديثة للشهر والعلانية وذلك حتى يتسنى للغير العلم به[2]، هذه الإجراءات لا يمكن أن تتم، بصفة عامة، إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التي تتضمنها الطوائف المنصوص عليها في القانون[3] وبالرغم من ذلك فإن المشكلة ما زالت قائمة وما زال الفقه مختلف بشدة بصددها لما تثيره من مشاكل في الحياة العملية[4] ولذلك يصعب ترجيح رأى على آخر. كما يبدو لنا أن الخشية من إعطاء الإرادة سلطان في إنشاء حقوق عينية جديدة ليس هناك ما يبرره من الناحية العملية.

خطة الدراسة:

تنقسم هذه الدراسة إلى قسمين رئيسيين:

القسم الأول: أحكام الحقوق العينية الأصلية.

القسم الثاني: مصادر الحقوق العينية الأصلية.

---

(1) Chr. Atias, Droit civil, les biens, Vol. I, 1980, p. 81 et S.; M. Pédamon, la réserve de propriété en droit Allemand et en droit français, in Rev. Jur. Com. Numéro. Spécial fév. 1982.

(2) G. Marty, P. Raynaud, Droit civil. T. II, Vol. I. Les biens, no 8; Y. Laussouaran, le transfert de proporiété par l'effet des contrats, Cours doctorat, Paris, 1969, P. 13 et S.

(3) A. Weill, Droit Civil, Les biens, No 10.
وقد استشهد هؤلاء الفقهاء بقانون أول يونيو ١٩٢٤ والذى نص بصدد الالزاس واللورين على أنه "لا يعتد بالحقوق العينية العقارية، إلا بما نص عليه القانون الفرنسي فقط".

(٤) أنظر في تفصيل أكثر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، **(هذا الكتاب حاز على جائزة الدولة التشجيعية عام ١٩٩٣)**، ص ١٦٨ وما بعدها.

القسم الأول
أحكام الحقوق العينية الأصلية

نعرض فى هذا القسم، فى باب أول، لحق الملكية، وفى باب ثان، للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.

الباب الأول

حق الملكية

ـ الملكية المفرزة والملكية الشائعة:

الصورة العادية والمألوفة للملكية الخاص هى التى يكون الشئ المادى مملوكاً لشخص واحد، بحيث يخول فيها الحق صاحبة السلطات التى تمكنه من الحصول على كل منافع أو مزايا الشئ محل الحق. ولكن قد يكون الشئ المادى مملوكاً لأكثر من شخص، بحيث يكون محل حق الشريك هو حصة فى المال الشائع كله غير منقسم. هذه هى الملكية الشائعة، وفى مقابل هذا الإصطلاح يطلق على الملكية فى صورتها العادية "الملكية المفرزة"[1].

وعلى ذلك سنفرد الفصل الأول للقواعد العامة فى الملكية، وهى التى تتعلق بالملكية العادية أو المفرزة، ثم ندرس بعد ذلك فى الفصل الثانى، الملكية الشائعة وذلك للوقوف على القواعد المنظمة للمسائل الناشئة عن حالة الشيوع، أى عن تعدد الملاك على الشئ الواحد.

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى، ١٩٦٥، فقرة ١ ص ٧ .

الفصل الأول

القواعد العامة فى الملكية

فى هذا الفصل نعرض، فى فرع أول، للتعريف بحق الملكية، ثم بعد ذلك، فى فرع ثان، نحدد نطاق هذا الحق.

الفرع الأول

التعريف بحق الملكية

فى هذا الفرع نود أن نتعرف على حق الملكية سواء من حيث تطوره، أو من حيث ماهيته، أو من حيث خصائصه، وأخيرا نقف على عناصره.

أولا: تطور حق الملكية

جدلية التطور فى نطاق الملكية وإنعكاساتها:

فى الواقع أنه لا مجال هنا لتعقب مراحل تطور الملكية، إذ أن دراسة فكرة أصل الملكية ومشروعيتها، وتبريرها والمراحل التاريخية لتطورها يعد من الأمور التى تخرج عن نطاق دراستنا وتدخل فى نطاق الدراسات التاريخية والاقتصادية والاجتماعية.

ويبدو أن الملكية بدأت فى الجماعات القديمة، ملكية جماعية للقبيلة، ثم للعائلة، وفى نهاية المطاف ظهرت الملكية الفردية أو الخاصة.

وقد بلغ الأمر ذروته عندما أصبح مبدأ الملكية الخاصة أمرا مسلما وحقا مقدسا فى طليعة الحقوق الطبيعية للإنسان[1] سواء ذلك فيما يتعلق بملكية وسائل الاستهلاك أو وسائل الإنتاج. فإعلانات حقوق الإنسان التى ظهرت بعد الثورتين الأمريكية والفرنسية كانت تنص على أن الملكية من الحقوق الطبيعية الأزلية للإنسان، على أساس أنها مظهر من مظاهر حرية الفرد وضمان من ضمانات تلك الحرية[2].

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٤٢.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٣ .

غير أن جدلية تطور الملكية لم تقف عند هذا الحد، فهاله التقديس التي أحاطت الملكية الخاصة والتي سادت طوال القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر تعرضت لهجوم عنيف زعزع الإعتقاد في أساسها، بل ظهرت نظريات أخرى تنكر مشروعية الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج وتنادي بالملكية الجماعية لهذه الوسائل، حتى تستطيع الدولة أن توجه الإنتاج الوجهة التي تتفق مع صالح المجموع.

فظهرت الملكية العامة لوسائل الإنتاج في النصف الأول من القرن العشرين إلى جانب الملكية الخاصة، ثم ما لبث أن يشرف القرن العشرين على نهايته إذ تعود السيادة مرة أخرى لمبدأ الملكية الخاصة وذلك بعدما إنهارت النظم الشيوعية والإشتراكية في أوروبا الشرقية والإتحاد السوفيتي سابقاً.

ومما يجدر ملاحظته أن هذه التطور كان له إنعكاساته على نظام الملكية في مصر. ففي أعقاب ثورة يوليو ١٩٥٢ بدأ الوعي الاجتماعي يتزايد بضرورة تحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق إعادة توزيع الثروات والقضاء على الإستغلال والإحتكار. فقامت السياسة الاقتصادية للبلاد على إنتهاج سياسة التخطيط للاقتصاد وملكية الدولة لوسائل الإنتاج فصدرت قوانين يوليو ١٩٦١ الشهيرة. فصدرت التشريعات بتأميم المنشآت وإشراك الدولة في رأسمالها مما أدى إلى إفساح المجال للملكية العامة إلى جانب الملكية الخاصة، في منتصف السبعينات انتهجت مصر سياسة الإنفتاح الاقتصادي لتنتعش مرة أخرى الملكية الخاصة. ثم تصاعدت سياسة الإصلاح الاقتصادي في الثمانينات ليتزايد معها نطاق الملكية الخاصة على حساب الملكية العامة.

وهكذا يبدو لنا أن جدلية التطور في نطاق الملكية تقوم على التنازع وتناوب السيادة بين الملكية الخاصة والملكية العامة. كما أن تطور الصياغة القانونية في هذا الصدد قد اتسم أيضاً بالجدلية بين الإطلاق والتقييد لحق الملكية. وهكذا ستظل الملكية في تطورها خاضعة دائماً لهذه الجدلية.

ثانياً: ماهية حق الملكية

بالرغم من أن التعريفات تعد أصلاً من عمل الفقه، إلا أن المشرع في بعض الأحيان يتدخل ويضع تعريفات قانونية لبعض الأمور.

وهكذا فعل المشرع المصرى حيث تصدى فى التقنين المدنى لوضع تعريف لحق الملكية فى المادة ٨٠٢ والتى تنص على أن "لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"(١).

هذا التعريف يكشف عن العناصر المكونة لحق الملكية،(٢) ويركز على مضمونه، أى السلطات التى تكون للمالك على الشئ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف. كما أن هذا التعريف يبرز الاستئثار والتسلط باعتبارهما جوهر الحق، فينص على أن "المالك الشئ وحده" وبذلك يكشف عن أن حق الملكية حق جامع مانع، فالسلطات التى يخولها هذا الحق تكون مقصورة على صاحبه.

وأخيراً هذا التعريف يكشف بجلاء أن لمالك الشئ كل السلطات الممكنة التى يخولها الحق ولكن فى حدود القانون. فهذه السلطات ليست مطلقة بل مقيدة بما يقرره القانون سواء كان تشريعاً أو عرفاً أو أية قاعدة قانونية أخرى أياً كان مصدرها، من أحكام تحدد نطاق تلك السلطات.

ثالثاً: خصائص حق الملكية

حق الملكية يخول لصاحبه كل السلطات التى يخولها هذا الحق، الاستعمال والاستغلال والتصرف، فهو لذلك حق جامع. كما أنه يخول هذه السلطات لصاحبه وحده، أى أن المالك يستأثر وحده بهذه السلطات الثلاث ولذلك فهو حق مانع.

كما أن حق الملكية يخول للمالك وحده كل السلطات التى يخولها الحق، وأن هذه السلطات تظل ثابتة له ما بقى الشئ الوارد عليه الحق، لذلك فهو حق دائم. ولكن هذا الحق لم يعد حقاً مطلقاً.

ولنر هذه الخصائص بشئ من التفصيل.

١- الملكية حق جامع مانع:

هذه الخاصية مستمدة من مضمون حق الملكية ولا توجد فى غيره من الحقوق ولذلك فهو خاصية جوهرية.

---

(١) ويبدو أن المشرع قد تصدى لتعريف حق الملكية فى التقنين المدنى الجديد ليتلافى عيوب التعريف الوارد فى القانون المدنى السابق وبصفة خاصة أن هذا القانون لم يأخذ بعبارة القانون الفرنسى كاملة فى هذا الصدد، وخاصة عبارة "بشرط ألا يستعمله إستعمالا تحرمه القوانين واللوائح، وكذلك تجنب المشرع استخدام لفظ التصرف "بطريقة مطلقة".

(٢) عناصر حق الملكية - بحسبانه حقاً عينيا - ثلاثة: صاحب الحق (المالك) ومضمون الحق وهو الاستئثار (وحده) ومحل الحق (الشئ).

فالأصل أن حق الملكية حق جامع لكافة المزايا والمنافع التى يمكن استخلاصها من الشئ، وهو حق مانع لغير المالك من مشاركة تلك المزايا أو المنافع.

لكن وصف حق الملكية بأنه جامع مانع لا ينفى ضرورة أن يتقيد المالك فى ممارسته لسلطاته بكل ما فى القانون من قواعد تحد من هذه السلطات تحقيقا للمصلحة العامة أو للمصالح الخاصة.

وتتجلى هذه الخاصية عندما تتقيد سلطات المالك بما يقرره على الشئ للغير من حق عينى متفرع عن ملكية، كحق الإنتفاع، إذ تظل هذه الخاصية قائمة ولا تتغير طبيعة حق المالك. فهذا الحق يبقى، مع وجود حق الإنتفاع المقرر للغير، حق ملكية، ويطلق عليه فى هذه الصورة إصطلاح "ملكية الرقبة"، وذلك لأنه ما زال حق مالك الرقبة قابلا لأن يمتد بقوة القانون فيشمل كافة السلطات على الشئ بمجرد إنقضاء حق الإنتفاع[1] أما الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية فلا تقبل هذا الإمتداد، فلا أمل للمنتفع فى أن يجتمع لديه كافة السلطات على الشئ بمقتضى حق الإنتفاع المقرر له وحده [2].

وكما أن الملكية، بحسب الأصل، تعطى للمالك وحده كافة السلطات. وتتحدد هذه السلطات فيما وراء ما هو مقرر من استثناءات. أما صاحب الحق العينى المتفرع عن الملكية فليس له إلا سلطات معينة فيمتنع عليه الإستفادة بما لا يتقرر له، وإذا ما انقضى ذلك الحق العينى عادت السلطات التى يخولها إلى المالك. كما أنه إذا ادعى شخص أن له سلطات على الشئ قبل المالك، كان على المدعى أن يثبت ذلك باعتبار أن ذلك خروجا على الأصل.

وحق الملكية حق مانع، أى مانع لغير المالك من المشاركة فى مزايا الشئ، فالمالك يستأثر وحده بتلك المزايا. بمعنى أن قيام حق ملكية لشخص يمنع قيام حق ملكية آخر على ما يرد عليه الحق الأول. فلا يمكن أن تثبت كل السلطات على كل الشئ لكل من الشخصين فى نفس الوقت، إذ يقوم التعارض بينهما[3]. ولذلك تعتبر هذه الخاصية نتيجة منطقية للخاصية المميزة للملكية

---

(1) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٩، ص ٦٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ١٠ .

(2) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فى الموضع السابق.

(3) أنظر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٥، ص ٦٠ .

وهى انها حق جامع وبالتالى لا تعتبر خاصية ينفرد بها حق الملكية دون غيره من الحقوق الخاصة[1].

٢- الملكية حق دائم:

يمكن أن ينصرف دوام حق الملكية إلى معنيين، الأول أن هذا الحق يدوم بدوام محله، والثانى، أن هذا الحق لا يسقط بعدم الإستعمال. ومع ذلك يبقى عدة تساؤلات هامة، هل هذه المعانى مرتبطة بجوهر حق الملكية؟ وهل هذه المعانى تتسق مع أحكام القانون الوضعى؟ وأخيرا هل هناك ما يمنع من توقيت حق الملكية؟

ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ- مدى دوام حق الملكية بدوام الشئ:

يرى بعض الفقهاء[2] أنه يقصد بدوام الملكية أنها باقية ما بقى الشئ الذى ترد عليه ولا تنقضى إلا بهلاكه. فالملكية فى ذاتها، مجردة عن شخص المالك، دائمة بمعنى أن الحق يظل باقيا على الشئ رغم إنتقاله، فلا يتغير حينئذ سوى شخص المالك، ولا ينتهى الحق إلا بهلاك الشئ. فالملاك يتوالون على ملكية الشئ الواحد بعد الأخر، دون أن يتخلل هذا التوالى أى فترة يكون فيها الشئ بغير مالك.

أما الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ليس لها صفة الدوام التى لحق الملكية، فهى تنقضى نهائيا رغم إستمرار وجود الشئ.

بينما يرى البعض الأخر أن صفة الدوام بهذا المعنى ليست مرتبطة بجوهر حق الملكية وإنما هى خاصية لهذا الحق بحسب ما يتحقق فى الأغلبية العظمى من الحالات. فهذه الصفة لا تصدق إلا بالنسبة للعقارات دون المنقولات. ولا يجدى القول هنا باستثناء المنقولات من هذه القاعدة[3]. كما أن

---

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥، ص ١١، ١٢.

(2) Beaudant et Voirin, op. Cit. No 284

محمد على عرفة، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٢٠٠، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٦، ص ٦٦.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٢٠.

..وام الملكية بهذا المعنى لم يعد متفقا مع أحكام القانون الحديث (أنظر م ٨٧١ مدنى مصرى)[١].

ب- حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال:

المعنى الآخر لدوام حق الملكية ينظر فيه إلى استعمال الحق، بمعنى أن وجود حق الملكية مستقل عن استعماله وبالتالى لا يمكن أن يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال.

ولذلك نجد أن المشرع ينص على سقوط الحقوق المتفرعة عن الملكية بعدم الاستعمال (م ٩٩٥، ٩٩٨، ١٠١١، ١٠٢٧ مدنى مصرى) دون أن ينص على ذلك بصدد حق الملكية. وبناء على ذلك فإن دعوى الإستحقاق التى تحمى حق الملكية لا تسقط بالتقادم[٢].

وقد قيل فى تبرير هذا الحكم أن الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عن الملكية تقتطع من سلطات المالك ولذلك يجب أن تزول عن أصحابها بعدم الإستعمال حتى تعود للمالك سلطاته كاملة على الشئ فلا تبقى هذه السلطات موزعة بين عدة أشخاص. أما بالنسبة لحق الملكية فلا مبرر لسقوطه بعدم الاستعمال لأن أحدا لن يستفيد من هذا السقوط[٣].

ويرى بعض الفقهاء أنه بالرغم من أن قاعدة عدم سقوط الملكية بالتقادم تعد من القواعد المقررة فى القانون الوضعى، خاصة إذا ما روعى ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية فى الوقت الحاضر[٤]، إلا أن هذه القاعدة لا تقوم على أساس من جوهر الملكية، وإنما هى بقية من بقايا صفة الإطلاق التى كانت

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٦، ص ٥٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٧، ص ١٩.

(٢) نقض ١٩٨٠/١/٢٩، الطعن رقم ٩٤٤ لسنة ٤٧ ق مجموعة المكتب الفنى، س ٣١ ص ٣٦٠، وفيه تقرر المحكمة أن "حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد الاستعمال مهما طال الزمن، ومن ثم فإن الحكم المقرر لهذا الحق لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ ...".

(٣) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٦، ص ٧٢.

(٤) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٧، ص ٢١، ٢٢.

تتميز بها الملكية فيما مضى[١] بل إن المشرع قد خرج عليها فى بعض الحالات[٢].

جـ- توقيت حق الملكية:

يرى فريق من الفقهاء عدم توقيت الملكية. بعضهم يعتبر ذلك مرتبط بالمعنى الأول، وهو أن الحق يدوم بدوام محله ولذلك لا يتصور - مع بقاء هذا الشئ - أن تؤقت ملكيته بمدة معينة تنقضى بعدها نهائياً دون أن تثبت لشخص ما[٣] وذهب البعض الآخر منهم إلى أن التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية، لأن هذا الحق يخول لصاحبه سلطة إعدام الشئ ولهذا يكون الإتفاق على التوقيت باطلاً، ويستطيع المتصرف إليه أن يعدم الشئ قبل فوات المدة المتفق عليها فيصبح حق المتصرف لغواً[٤].

ويذهب فريق آخر إلى أن الملكية تقبل التوقيت[٥] على أساس أنه ليس فى طبيعة حق الملكية يحول دون توقيته بمدة معينة. وأن إمتناع الإتفاق على توقيت حق الملكية فى الحياة العملية لا يرجع إلى اعتبارات مستمدة من جوهر هذا الحق، وإنما مردها إلى إعتبارات عملية وهى تعرض حق المتصرف للخطر. كما أنه إذا كانت سلطة التصرف المادى فى الشئ تؤدى إلى أن يكون وجود ملكية مؤقتة نادراً فى العمل إلا أنه مع ذلك متصوراً. وفى نصوص القانون ما يواجه هذه الصورة بأحكام عملية (أنظر م ٩٤٢، م ١٠٣٨ مدنى مصرى).

٢- الملكية ليست حقاً مطلقاً:

فى الفقه التقليدى كانت هذه الخاصية من أهم خصائص حق الملكية. فكان حق الملكية حقاً مطلقاً من حيث مضمونه ومن حيث استعماله. فكان للمالك

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٥٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ٢٢، وأنظر عكس ذلك السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٣٣٠.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٢٢.

(٣) حسن كيرة المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٢٢.

(4) Ripert – Boulanger. Op. Cit., t. II, no 2255.
شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٣٢، ص ١٥١ هامش ١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٣ ص ٢٥، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٣٣١.

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٨، ص ٥٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٢٣.

كل السلطات المتصورة على الشئ كاملة غير منقوصة. كما أن المالك حـر فـى مباشرة هذه السلطات على النحو الذى يروق له ووفقاً لتقديره دون قيد عليه.

هذه النظرة لحق الملكية تعكس سيادة المذهب الفـردى فـى ذلـك الحيـن.

وقد ظهرت هذه النزعة الفردية بشكل واضح فى التقنيـن المدنـى الفرنسـى عنـد وضعـه، فنصـت المـادة ٥٤٤ علـى أن الملكيـة هـى الحق فـى الإنتفـاع بالشـئ والتصرف فيه بطريقة مطلقة إلى أبعد حد de la mainére la plus absolu . وقد انتقلت هذه النزعة إلى التقنين المصرى القديم، حيث عرفت المـادة ٧/١١، من هذا التقنين الملكية بأنـها الحـق للمـالك فـى الإنتفـاع بمـا يملكـه والتصـرف فيـه بطريقة مطلقة ..".

غير أن هذه النزعـة الفرديـة، التـى تضـع حريـة الفـرد ومصلحتـه فـى مقدمـة القيـم التـى يـهدف القـانون إلـى حمايتـها، أخـذت تتكمـش تدريجيـاً أمـــام المذاهب الاجتماعية التى أسهمت فى إنتشار النظـم الإشـتراكية. وفـى ظـل هـذه المذاهب كثرت القيود التى تحد من حرية المـالك لمصلحـة الجماعـة ولمصلحـة غيره من الأفراد، وأصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب، بـل كذلـك باعتبـار أن لـها وظيفـة اجتماعيـة[1] وقـد جـاء التقنيـن المدنـى المصـرى الحالى مستجيباً لكل هذه الإعتبارات، وتجنب ما فى النص القديم من مآخذ.

رابعاً: مضمون حق الملكية (سلطات المالك)

من التعريف السـابق للملكيـة العاديـة، أى المفرزة، أتضـح لنـا أن هـذا الحق العينى الذى يخول صاحبه، السلطات التى تمكـن مـن الحصـول علـى كـل منـافع شـئ معيـن. ورأينـا أن هـذه السـلطات لا تخـرج عـن اسـتعمال الشـئ أو استغلاله أو التصرف فيه.

ولنر هذه السلطات بشئ من التفصيل.

١ - الاستعمال (L'usage):

ويقصـد بالاسـتعمال اسـتخدام الشـئ فيمـا هـو قـابل لـه للحصـول علـى منافعه، وذلك فيما عدا الثمار، مع عدم المساس بجوهر الشئ. كأن يسكن المالك داره، أو يركب سيارته، أو يرتدى ملابسه، أو يزرع أرضه، إلى غير ذلك من

---

(١) أنظر مـن ذلـك نقـض ١٩٨١/٦/١٣ مجموعـة المكتب الفنـى، س ٣٢، ص ١٧٩٥، ١٩٨٢/١٢/٢١، نفس المجموعة، س ٣٣ ص ٩٨٤ .

وجوه الاستعمال المختلفة التى تختلف باختلاف طبيعة الشئ والغرض الذى أعد له.

والاستعمال يختلف عن الاستغلال فى أنه لا يعطى لصاحبه الحق فى الثمار، فاستعمال المنزل يكون بالسكن فيه، أما تأجيره فلا يعتبر استعمالا بل استغلالا إذ يخول المؤجر الحصول على الأجرة وهى من الثمار. لكن قد يختلط الاستعمال بالاستغلال، كما هو الحال بالنسبة إلى الأرض الزراعية - إذ يصعب أن نتصور استعمالها بغير زراعتها والحصول على ثمارها. ولذلك إذا تقرر لشخص حق استعمال الأرض دون إستغلالها، انحصر حقه فى الحصول على ثمار الأرض بمقدار ما يحتاج إليه هو وأسرته فحسب (م ٩٩٦ مدنى مصرى).

وإذا أدى إستعمال الشئ إلى المساس بجوهره فإن ذلك يؤدى إلى إختلاط استعمال الشئ بالتصرف فيه، وهذا يتحقق فقط بالنسبة للأشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال، كالطعام والنقود. ولذلك فإن تقرير حق استعمال عليها للغير يتضمن فى نفس الوقت نقل ملكيتها إليه، إذ أن إستهلاك الشئ لا يكون إلا للمالك. ولهذا السبب يعد عقد القرض من العقود الواردة على الملكية (م ٥٣٨ مدنى).

٢- الإستغلال La Juissance:

ويقصد بالاستغلال القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشئ، أى للحصول على ثماره fruits .

- والثمار Les fruits بحسب الأصل، هى ما ينتجه الشئ بصفة دورية دون أن يترتب على أخذه الإنتقاص من أصل الشئ. كمحصول الأرض الزراعية، وأجرة الأراضى الزراعية والمبانى، وفوائد النقود. فمن خصائص الثمار إذن، أولا، الدورية، ولا يشترط فى هذه الدورية أن تكون فى مواعيد ثابتة ومنتظمة، أو أن تكون مواعيد متقاربة. ثانيا عدم المساس بجوهر الشئ ذاته، ولا يعنى هذا أن الشئ يظل محتفظا بحالته بصفة مطلقة، إذ قد يترتب على استغلاله والحصول على ثماره الانتقاص من جودته أو من قيمته بمرور الزمن، فالأرض قد تقل خصوبتها، والماشية قد تضعف بسبب نتاجها.

وتنقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع:

١- ثمار طبيعية naturels وهى التى يغلها الشئ طبيعيا دون تدخل من جانب الإنسان، مثل كلأ المراعى الطبيعية، ونتاج الحيوان.

٢- ثمار صناعية industriels أو مستحدثة وهى التى يغلها الشئ نتيجة لتدخل عمل الإنسان، مثل محاصيل الأرض الزراعية، والحدائق.

٣- الثمار المدنية civils وهى الدخل الدورى المنتظم الذى يغله الشئ عن طريق قيام الغير بالوفاء به مقابل إنتفاعه بهذا الشئ كإيجار المبانى والأراضى الزراعية وفوائد النقد وأرباح الأسهم ولا يترتب على هذا التقسيم نتائج قانونية تذكر إلا بالنسبة للثمار المدنية حيث أن الحائز حسن النية يتملك ما يقبض منها يوم فيوم، أما الثمار الطبيعية أو المستحدثة فإنه يتملك ما يقبضه منها من يوم فصلها (م ٩٨٧ مدنى مصرى).

أما المنتجات Les produits فهى ما ينتجه الشئ فى مواعيد غير دورية ويترتب على أخذه الإنتقاص من أصل الشئ. ومن أمثلتها المواد التى تستخرج من المحاجر أو المناجم التى لم تعد للإستغلال، والأشجار التى تقطع من غابات لم يتم إعدادها لهذا القطع، وعلى ذلك إذا تم إعداد الشئ وتهيئته من جانب المالك للإستغلال بحيث يصبح مصدر دورى منتظم للدخل، ولو أنه ينتقص من أصل الشئ فإن ما ينتج عنه يصبح ثمارا لا منتجات، وعلى ذلك فالأحجار التى تقطع من المحاجر والمعادن التى تستخرج من المناجم والأشجار التى تقطع من الغابات تعتبر ثمارا إذا كانت المحاجر والمناجم والغابات قد أعدت للاستغلال، ولكنها تعتبر منتجات إذا لم يكن هناك مثل هذا الإعداد[1].

وهذه التفرقة بين ثمار الشئ ومنتجاته لا أهمية لها إذا كان المالك هو الذى يقوم باستغلال الشئ فله بحسب الأصل الحصول على كل منافع الشئ، إذ يكون له بحسب الأصل أن يحصل على الثمار والمنتجات (م ٨٠٤ مدنى مصرى). وإنما تظهر أهميتها حينما يكون لشخص غير المالك الحق فى الحصول على ثمار الشئ، كالمنتفع مثلا، فيكون له أخذ الثمار دون المنتجات

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٧٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٩ ص ٢٨، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠، ص ٧٧، ٧٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٢٨.

(م ٩٨٧ مدنى مصرى) التى تبقى من حق المالك – وإذا كان الشئ فى يد حائز حسن النية فإن هذا الحائز يكسب ما يقبض من ثمار (م ٩٨٧/ ١ مدنى مصرى) بينما تكون المنتجات من حق المالك.

٢- التصرف La disposition:

لمالك الشئ الحق فى التصرف فيه. وللتصرف فى خصوص سلطة المالك على الشئ الذى يملكه مدلول أوسع من معناه الفنى الدقيق. فالتصرف بمعناه الفنى هو نقل ملكية الشئ أو إنشاء حق عينى آخر عليه. ولكن التصرف فيما يتعلق بسلطة المالك على الشئ يتجاوز ذلك ليشمل نوعين من الأعمال: **الأول العمل المادى وهو العمل الذى ينال من مادة الشئ باستهلاكه أو إعدامه أو التغيير فيه، وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك، وبالتالى فهى تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية. والثانى، العمل القانونى وهو ينصرف** إلى التصرف القانونى فى الحق، سواء كان هذا التصرف سيؤدى إلى زوال حقه كلياً، كأن يبيع الشئ أو يهبه، أو إلى الإنتقاص – ولو مؤقتاً – من السلطات التى له على الشئ كأن يرتب عليه حق انتفاع للغير أو يرهنه[1].

وقد جرى الفقه التقليدى على اعتبار أن سلطة التصرف بنوعيه، المادى والقانونى، مميزة لحق الملكية عن غيره من الحقوق العينية[2] وقد كان هذا محل نقد من بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن سلطة التصرف المادى وحدها هى التى تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، أما التصرف القانونى فهو لا يرد على الشئ ذاته، وإنما يرد على الحق المقرر عليه. فهو ليس من العناصر المكونة لحق معين، وإنما هو رخصة لصاحب أى حق فى أن ينقل حقه، أو بعض ما يخوله له حقه من سلطات، إلى الغير[3].

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٣٠.

(2) Beaudant et Voirin, op. Cit., bn. IV., no 333.

(3) Planiol et Ripert, par Picard, op. Cit., t. III, no 218.

محمد على عرفة، المرجع السابق، ج ١ فقرة ١٦٢ ص ٢٥٤، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٢٦.

ومع ذلك فإن سلطة المالك في هذا الشأن أوسع مدى مما لغيره من أصحاب الحقوق الأخرى، إذ هي سلطة كاملة تشمل الرقبة والمنفعة معا[١]. ولذلك يمكن أن نتلمس من ذلك مبررا لما جرى عليه الفقه من القول بأن سلطة التصرف، بنوعيه، تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، فسلطته في التصرف القانوني أوسع مدى، فضلا عن أن له وحده سلطة التصرف المادي[٢].

الفرع الثاني

نطاق الملكية

بعدما تعرفنا على حق الملكية ينبغي علينا أن نحدد نطاق هذا الحق سواء عن طريق تحديد النطاق المادي لسلطات المالك، أو عن طريق بيان القيود، الإرادية أو القانونية، الواردة على حق الملكية.

المبحث الأول

النطاق المادي لسلطات المالك

نعرض في هذا المبحث لحدود محل حق الملكية، ثم نبين العناصر الجوهرية والملحقات والثمار والمنتجات، وأخيرا نبين نطاق ملكية الأرض من حيث العلو والعمق.

أولا: حدود محل حق الملكية

يتحدد نطاق حق الملكية بالحدود المادية لمحل هذا الحق. فحق الملكية باعتباره حقا عينيا، يرد على شئ معين فوجود الحق يفترض بالضرورة أن يكون محله شيئا معينا بالذات، أي محددا على نحو يميزه عن غيره من الأشياء[٣].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٧٠٢، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٩، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٣٠.
عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٣٠، مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني المقارن، حق الملكية، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٥، فقرة ٣٦ ص ٧٣.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٧٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٣٠.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٣١ .

وتحديد هذه الحدود لا يثير صعوبة إذا كان حق الملكية يرد على منقول. والسبب فى ذلك طبيعة المنقول ذاته، حيث أنه يمكن نقله من حيزه دون تلف، وبالتالى يكون شيئا منفصلا إنفصالا ماديا عن غيره من الأشياء.

أما بالنسبة للعقارات، فإن إتصال حدود كل منها بحدود غيره قد يؤدى إلى صعوبة الوقوف على الحد الفاصل بين كل منها، مما يترتب عليه قيام المنازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم لحقه. ولذلك نصت المادة ٨١٣ مدنى على أن "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما".

والمقصود بوضع الحدود هو تحديد الحد الفاصل بين الملكيتين المتلاصقتين، بوضع علامات مادية لبيان معالم كل منها.

ويثبت الحق فى وضع الحدود بقوة القانون بناء على حالة واقعية هى تلاصق الملكين المتجاورين[1] والحق فى وضع الحدود لا يسقط بالتقادم بل يبقى قائما ما بقى التلاصق. ويتحقق هذا التلاصق بين الملكين المتجاورين حتى ولو فصل بينهما طريق خاص أو مجرى خاص. على العكس من ذلك لا يتحقق هذا التلاصق إذا فصل بين الملكية طريق عام أو مجرى عام.

والحق فى وضع الحدود يقتصر فقط على مجرد وضع الحدود. فليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، أى الإشتراك فى بناء حائط يفصل بين الملكيتين (م ٨١٨/١ مدنى مصرى)[2].

وينحصر أصحاب الحق فى وضع الحدود فى المالك وكل من له حق عينى على العقار، كالمنتفع وصاحب الإرتفاق والدائن المرتهن. وعلى ذلك لا يثبت هذا الحق لصاحب الحق الشخصى، كالمستأجر.

وتبدأ عملية وضع الحدود بالتحقق من مستندات الجارين ومطابقتها على الطبيعة للوقوف على الحد الفاصل بين ملكيتهما. فإذا ما تم ذلك تبدأ عملية وضع العلامات المادية لبيان معالم كل منها. فإذا تم ذلك باتفاق الطرفين يحرر به محضر يوقع عليه كل منهما، أما إذا لم يتم إتفاق فلكل منهما أن يرفع دعوى

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٣٢.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٦٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٣١.

تعيين الحدود، التي يختص بها القاضي الجزائي، (م ٤٣/ ٢ مرافعات مصري).

وتكون نفقات التحديد مناصفة بين الجارين، أو على حسب الرؤوس ولو اختلفت المساحات. وتقتصر هذه النفقات على نفقات العملية المادية، كنفقات وضع الحدود، من ثمن شراء الأوتاد ونفقات تثبيتها، ونفقات تحرير المحضر. أما ما يقتضيه التحديد من بحث في مستندات الملكية ومسح للأراضي، فإن نفقاته توزع على الملاك المتلاصقين بنسبة مساحة الأرض التي يملكها كل منهم[1].

ثانياً: العناصر الجوهرية، والملحقات، والثمار والمنتجات

تنص المادة ١/٨٠٣ مدني مصري على أن "مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير".

فحق الملكية ينصب أساساً على أصل الشئ المملوك، ويدخل في هذا الأصل كل ما يعد من عناصر الشئ الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، فمالك البناء يملك جميع الأجزاء المكونة له من أسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك، ومالك السيارة يملك جميع أجزائها وهكذا.

وتنص المادة ٨٠٤ مدني مصري على أن "المالك الشئ الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك".

وعلى ذلك فإن حق الملكية يشمل أيضاً ما يتفرع عن الشئ من ثمار ومنتجات. فالأصل أن الثمار والمنتجات تكون للمالك، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن تصبح الثمار ملكاً لشخص آخر وفقاً لما يقضي به الإتفاق أو ينص عليه القانون على النحو السابق بيانه.

ويمتد حق الملكية كذلك إلى الملحقات accessoires. وملحقات الشئ هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. ومن أمثلتها العقار بالتخصيص، وحقوق

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، الموضع السابق، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، الموضع السابق.

الإرتفاق، وما يتبع الأرض الزراعية من السواقى والمصارف وحظائر المواشى ومخازن الغلال ومساكن الفلاحين، وما يلحق بالمصنع من مخازن[1].

ثالثا: ملكية ما فوق الأرض وما تحتها: العلو والعمق

تنص المادة ٨٠٣/ ٢ مدنى مصرى على أنه: "وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا".

ومن هذا يتضح أن ملكية الأرض لا تقتصر على سطحها، بل تشمل كذلك ما فوقها وما تحتها. فمالك الأرض له أن يستخدم الفضاء الذى يعلوها فى إقامة ما يشاء من البناء أو من الغراس أو فى مد الأسلاك. كما يحق له أن يمنع غيره من إستخدامه، ولو كان ذلك على نحو لا يسبب له ضررا يذكر. فله أن يمنع الجار من البروز فى الأدوار العليا فوق أرضه، وأن يطالب بقطع أغصان أشجاره الممتدة فوق أرضه، أو يمنع غيره من مد أسلاكه عبر ملكه.

كما أن مالك الأرض يملك أيضا الطبقات التى تحتها، فله أن يستخدم ما تحت أرضه من طبقات فيستخرج منها الأحجار والرمال والأتربة. وأن يحفر فيها الآبار ويمد الأنابيب، وله أن يمنع غيره من إستخدام هذا العمق، كأن يمنع الجار من مد أنابيب الصرف أو المياه عبر ملكه[2].

وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها، علوا أو عمقا بما مفاده أن ملكية الأرض وإن كانت تشمل الأرض علوا أو عمقا إلا أنه يوجد حد لملكيتها، فليس للمالك أن يعارض مما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق، بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه وإلا كان المنع تسعفا فى استعمال حق الملكية[3].

فقاعدة أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها ليست مطلقة فالمالك له ذلك إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا، كما هو صريح النص (م

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٣٣، ٣٤.

(٢) أنظر فى هذا الصدد نص المادة ٧٦٩/ ٢ سورى مطابق للنص المصرى، ونص المادة ١٠٤٩/ ٢ عراقى مع إختلاف فى الصياغة، وكذلك نص المادة ١٠١٩/ ٢ أردنى، والمادة ٦٧٥ جزائرى والمادة ٨١٢ كويتى وهذا النص يحيل فى تحديد نطاق الملكية علوا وعمقا إلى "... الحد المألوف .." والمادة ١٣ ملكية عقارية لبنانى وأنظر بصفة خاصة نص المادة ٧٣ ملكية عقارية لبنانى.

(٣) نقض ١٩٩٦/٥/١٥ الطعن رقم ٣٤٨٧ لسنة ٦٥ ق، مجلة القضاة السنة ٢٩ العدد الأول ص ٣٩٧.

٨٠٣/ ٢ مدنى مصرى). مقتضى ذلك اذن أن المالك لا يملك من الفضاء الذى يعلو الأرض، ولا من الطبقات التى تحتها إلا ما يستطيع أن يستخدمه، وفى خارج هذا النطاق لا يستطيع أن يمنع الغير من إستخدام العلو والعمق[١]. فلا يجوز إذن لمالك الأرض أن يمنع تحليق الطيران أو مد الأسلاك فوق الأرض، أو يمد الأنابيب والأسلاك تحتها ما دام أن ذلك لا يعوق استعماله لحقه أو يلحقه بملكه ضرراً. وهذا الإتجاه يتفق مع ما للملكية اليوم من وظيفة اجتماعية ويناقض ما كان سائداً من قبل من أن ملكية مالك الأرض للعلو والعمق لا يحدها حد وأن سلطات المالك تمارس عليها إلى ما لا نهاية[٢]. فقد أثبت التطور أن هذا الإسراف فى تقديس الملكية الفردية ليس له ما يبرره على النحو السابق بيانه.

وقد أكد المشرع مبدأ أن ملكية الأرض تشمل العلو والعمق بأن نص فى المادة ١/٩٢٢ مدنى مصرى على أن "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له". وهذا النص يعبر عن الغالب المألوف، حيث أن الأصل وفقاً للمألوف أن مالك الشئ بحكم تسلطه على ما يملك هو الذى يقيم ما به من منشآت. لكن هذا الأصل لا يمنع من أن تكون هذه المنشآت لشخص آخر وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ بنصها على أنه "ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها". وعلى ذلك فيمكن أن تكون ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما فى جوفها من أشياء بمقتضى إتفاق كما هو الشأن فى الحالة السابقة، وبحكم القانون، كما هو الحال بالنسبة لمواد المناجم والمحاجر كما سيأتى البيان. وقد أكدت المادة ٨٠٣/ ٣ هذا المبدأ بنصها على أنه "ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها"[٣].

---

(١) وإلا يكون متعسفا فى استعمال حقه نقض ١٩٩٦/٥/١٥ السابق الإشارة إليه.

(2) Beaudant et Voirin. op. Cit. Np 267. p 284 et s.

(٣) وأنظر المادة ٧٦٩ سورى (مطابق)، م ٦٧٥ جزائرى (موافق)، م ١٠٤٩ عراقى (موافق)، م ٢٠١٠١٩ اردنى (موافق) والمادة ٨١٢ كويتى (موافق). وفى القانون اللبنانى نص المادة ٢١٣ ملكية عقاريه (موافق).=

ـ وبالنسبة لملكية الكنز نصت المادة ٨٨٢/ ١ مدني مصري على أن "الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك الرقبة" على النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

استثناء مواد المناجم والمحاجر:

يستثنى المشرع المصري من قاعدة ملكية الشخص لما فوق الأرض وما تحتها المواد المعدنية التي توجد في المناجم، والخامات التي توجد في المحاجر عدا مواد البناء، حيث اعتبرها من أموال الدولة.

وقد حدد القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر المقصود بالمواد المعدنية التي توجد في المناجم والخامات التي توجد في المحاجر (م ٣).

وعلة تقرير هذا الإستثناء أن مواد المناجم والمحاجر تعتبر ضرورية للاقتصاد القومي. كما أن هذه المواد قد تكونت بفعل الطبيعة دون أن يكون لمالك الأرض دخل في وجودها، ولذلك اعتبرها المشرع من الثروة القومية التي تخرج عن نطاق الملكية الخاصة.

ثم جاء القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ليعيد تنظيم تراخيص البحث في المناجم وعقود استغلالها وكذلك عقود استغلال المحاجر الممنوحة للقطاع الخاص. وحدد الجهة المانحة لهذه التراخيص. كما حدد دور كل من القطاع العام والقطاع الخاص في هذا المجال.

=وأنظر نقض ١٩٤٠/٥/٢٣ طعن رقم ٩ سنة ١٠ ق، نقض ١٩٥٥/١١/٣، طعن رقم ٩٦ سنة ٢٢ ق نقض ١٩٦٦/٥/٥ مجموعة المكتب الفني، س ١٧ ص ١٠١٩، ١٩٨٦/٥/٢٤، الطعن رقم ٩٠٦ لسنة ٥١ ق.

المبحث الثانى
قيود حق الملكية

تمهيد وتحديد:

سبق أن رأينا أن حق الملكية يخول لصاحبه، بحسب الأصل كل السلطات التى تمكن من الحصول على منافع ومزايا الشئ محل الحق. كما أن هذه السلطات التى تثبت للمالك يمكن أن تتقيد أو يحرم المالك من بعضها ولو مؤقتاً.

وعلى ذلك فقد يثبت لغير المالك على الشئ حق يخول له بعض السلطات التى يخولها حق الملكية، كحق الإنتفاع أو حق الإستعمال أو حق السكنى، أو أن يثبت للغير حق يترتب على وجوده الحد من سلطات المالك، كحق الإرتفاق والحقوق العينية التبعية. وسيتجلى لنا مدى هذه القيود من خلال دراستنا للحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية فيما بعد، والحقوق العينية التبعية فى مقرر التأمينات العينية.

والقيود التى ستكون موضوع دراسة هذا المبحث هى القيود التى تتقرر مباشرة بنص القانون ويطلق عليها القيود القانونية، أو التى تتقرر بمقتضى تصرف قانونى يرتب عليه القانون أثره فى تقييد الملكية، وهو الشرط المانع من التصرف.

أما بالنسبة للقيود التى ترد على حرية التملك وحق الملكية وخاصة فى مجال الأراضى الزراعية وما فى حكمها فإنها تدخل فى مقرر القانون الزراعى ولذلك نعزف عن التصدى لها منعاً للتكرار.

ولذلك سيكون موضوع الدراسة فى هذا المبحث ما يلى:

المطلب الأول: القيود الإرادية ـ شروط المنع من التصرف.

المطلب الثانى: القيود القانونية .

المطلب الأول
القيود الإرادية
(شروط المنع من التصرف)

سبق أن رأينا أن سلطة التصرف تعد من جوهر حق الملكية، فهى التى تعطى هذا الحق قيمة اقتصادية. ولذلك فإنه لا يقصد بهذه السلطة فحسب حماية

مصلحة المالك بتمكينه من الحصول على أقصى منافع ملكه[1] وإنما تهدف أيضاً إلى تحقيق المصلحة العامة حيث أنها تسمح بتداول الأموال والذى يعد من ضرورات الحياة الاقتصادية المعاصرة. فى هذا الإطار ثار التساؤل عما إذا كان يجوز حرمان المالك – ولو مؤقتاً – من سلطة التصرف فيما يملك بمقتضى شرط إرادى؟

فى بادئ الأمر ذهب القضاء الفرنسى إلى بطلان الشروط المانعة من التصرف، سواء كان هذا المنع مؤبداً أو مؤقتاً، وبصرف النظر عن البواعث التى دفعت إلى إشتراط مثل هذه الشروط. فى مرحلة لاحقة تطور القضاء الفرنسى، في هذا الشأن، وذهب إلى صحة هذه الشروط إذا توافر شرطان، إذا كانت مؤقتة، وكانت تهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة. وقد تابع القضاء المصرى القضاء الفرنسي في ذلك فى ظل التقنين المدنى السابق.

وقد أقر التقنين المدنى المصرى ما استقر عليه القضاء، فى كل من فرنسا ومصر، وتضمن نصوصاً منظمة لهذا الشرط، سواء من حيث شروطه أو من حيث آثاره.

ولدراسة الشرط المانع من التصرف سنعرض للنقاط التالية:

أولاً: مجاله وشروط صحته.

ثانياً: طبيعته القانونية.

ثالثاً: أثره.

أولاً: مجال وشروط صحة شرط المنع من التصرف

- تحديد مجال الشرط المانع من التصرف وبيان شروط صحته:

تنص المادة ١/٨٢٣ مدنى مصرى على أنه "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ...".

١- مجاله:

يستفاد من ذلك أن مجال الشرط المانع من التصرف هو العقد أو الوصية. وهذا يعنى أنه لا يجوز للمالك أن يقرر بإرادته وحده عدم جواز التصرف فى مال من أمواله. ذلك أنه لو صح مثل هذا الإقرار من جانب المالك

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٧٤ .

لترتب عليه خروج المال من الضمان العام للدائنين، إذ أن مقتضى صحة شرط المنع من التصرف عدم جواز التنفيذ على المال الممنوع التصرف فيه.

والغالب أن يرد هذا الشرط فى عقود الهبة وفى الوصايا، لأن مركز المتبرع فى هذه التصرفات يسمح له بأن يفرض هذا الشرط على المتبرع إليه. ولكن قد يرد هذا الشرط فى عقود المعاوضة، كالبيع، وإن كان ذلك نادرا فى الحياة العملية.

كما أن الغالب عملا أن يرد شرط المنع فى التصرف الذى تلقى به المالك ملكية الشئ[1]، ولكن لا يلزم ذلك فى جميع الأحوال[2].

فهذا الشرط يمكن أن يرد فى عقد الوعد بالبيع بأن يشترط الموعود له علىَ الواعد ألا يتصرف فى الشئ الموعود ببيعه أثناء المدة المتفق عليها لإعلان الموعود له خلالها رغبته فى الشراء[3]. وكذلك يرد هذا الشرط فى عقد الرهن الرسمى بأن يشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن عدم التصرف فى العقار طوال مدة الرهن، وذلك لكى يتجنب الإجراءات اللازمة لتتبع العقار إذا تصرف فيه المدين الراهن ويتلافى المخاطر التى تنجم عن التطهير[4].

ويصح أن يرد هذا الشرط سواء بالنسبة إلى العقار أو المنقول. غير أنه بصدد المنقول قد يتعطل أثر هذا الشرط نتيجة لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز.

---

(١) يذهب بعض الفقهاء فى القانون الفرنسى إلى أن شرط المنع من التصرف لا يتصور وجوده من الناحية العملية إلا فى تصرف ناقل.
Ripert et Boulanger, op. Cit., no 2426, p. 848.

(٢) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ١٠٤ حيث يفضل القول بأنه يلزم أن يرد شرط المنع فى التصرف الذى تملك به المالك الشئ الممنوع التصرف فيه.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨، ص ٨٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، ص ٨٠٥ هامش ٢، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، عكس ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ١٠٣، ١٠٤ ص ١٣٨.

(٤) محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢٧٨، محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٢١٤، ص ٣١٨. شمس الدين الوكيل، التأمينات العينية، ص ٢٤٩ هامش ٢، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٢٢.
وأنظر فى بطلان هذا الشرط عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٩٤، ص ١٣٠. إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨، ص ٨٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٤٤، ص ١٠٢، السنهورى ، المرجع السابق.

وهذا الشرط لا يقتصر استعماله علي حق الملكيـة وإنما يمكن أن يـرد بصدد حق الإنتفاع، فيشترط المالك على المنتفع عند تقرير حق الإنتفاع عدم التصرف فى هذا الحق. كما يصح أن يرد فى شأن إيراد مرتب مدى الحياة[١]

٢- شرطان لازمان لصحة المنع من التصرف:

الأول: مشروعية الباعث.

الثاني: معقولية مدة المنع.

الشرط الأول: أن يكون الباعث مشروعاً

وقد بينت المادة ٢/٨٢٣ مدنى مصرى متى يكون الباعث مشروعاً؟ بنصها على أن "يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير". وعلى ذلك يكفى أن تكون هناك مصلحة جدية تدعو إلى هذا الشرط. وهذه المصلحة يقدرها القاضى بحسب ظروف الحال. والمهم أن يثبت لديه أن هناك أسباباً تنهض فى نظره مبرراً كافياً لتقييد سلطة المالك فى التصرف فى ملكه خلافاً للأصل العام. ويستوى أن تكون المصلحة المراد حمايتها بمقتضى هذا الشرط هى مصلحة المتصرف أو مصلحة المتصرف إليه أو مصلحة الغير.

ومن أمثله المصالح المشروعة للمتصرف أن يشترط البائع، أو الواهب، الذى احتفظ لنفسه بحق الإنتفاع، عدم التصرف فى الشئ المبيع أو الموهوب، طيلة مدة الإنتفاع، حتى لا يضطر للاتصال بمالك رقبة لا يعرفه[٢] وكذلك أن يشترط البائع على المشترى عدم التصرف فى المبيع حتى تمام الوفاء بالثمن تأكيد لماله من حق إمتياز وتجنباً لإجراءات التتبع فى مواجهة الغير.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف إليه، أى المالك، أن يشترط الواهب أو الموصى. عدم تصرف الموهوب له أو الموصى له فى الشئ الموهوب أو الموصى به حماية من طيشه وتبذيره.

---

(١) محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢٨٠، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٩٤، ص ١٣٩.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٦.

ومن أمثله المصالح المشروعة للغير أن يشترط الواهب أو الموصى على الموهوب له أو الموصى له أن يؤدى مرتباً دورياً لشخص ثالث مدى حياته، ويشترط عليه فى نفس الوقت عدم التصرف فى الشئ الموهوب أو الموصى به، حتى يؤمن لمن تقرر له المرتب استمرار استيفاء هذا المرتب.

الشرط الثانى: أن تكون مدة المنع من التصرف معقولة

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون المنع من التصرف مؤبداً حيث أن ذلك سيؤدى إلى تجريد المالك من سلطة التصرف التى تعتبر عنصراً جوهرياً لحق الملكية، وبالتالى حبس المال عن التداول بصفة نهائية. كما أنه لا يجوز أن يكون المنع لمدة طويلة بحيث يتجاوز الحاجة التى دعت إليه. فيما وراء ذلك فالأمر متروك لتقدير القاضى فى كل حالة على حدة. وقد وضع المشرع بين يد القاضى معيارا مرنا وهو معقولية المدة ليكون للقاضى سلطة تقديرية واسعة يستخدمها على ضوء الظروف الخاصة فى كل حالة على حدة.

وليس هناك ما يمنع من اعتبار مدة حياة شخص معين، وليكن المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، مدة معقولة طالما كانت ظروف الحال تبرر ذلك، فتقدير ذلك متروك للقاضى وقد نصت المادة ٨٢٣/٣ مدنى مصرى على ذلك صراحة بقولها أن "المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

ثانيا: الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف

لتحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف أثر واضح على تحديد نوع وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفة الشرط، وكذلك على تحديد نطاق آثار هذا الشرط.

وقد اختلف الفقهاء فى هذا الصدد إختلافا كبيرا. ويرجع ذلك إلى أن نظام شرط المنع من التصرف قد أوجده القضاء بغير نص تشريعى سواء فى القانون الفرنسى أو فى القانون المدنى المصرى القديم. فحاول الفقه جاهدا إيجاد أساس قانونى لهذا الشرط فى أحد الأنظمة القانونية القائمة.

لذلك ذهب رأى إلى أن المنع من التصرف يعتبر إنتقاصا من أهلية المالك[١] وقد تعرض هذا الرأى لانتقادات شديدة من جانب الفقه[٢]. بينما ذهب رأى ثان إلى المنع من التصرف المترتب على الشرط يعتبر إلتزاما على المالك بعدم التصرف فى الشئ، فهو التزام بامتناع عن عمل[٣] وقد تعرض هذا الرأى لعدة إنتقادات[٤]. وذهب رأى ثالث إلى أن المنع من التصرف وصف يلحق بالشئ ذاته لا بشخص مالكه فيكون الشئ محملا بتكليف عينى يجعله غير قابل للتصرف فيه، وهذا هو الرأى السائد فى فرنسا[٥] وأيده بعض الفقهاء فى مصر[٦].

---

(١)- هذا الرأى مشار إليه فى:
Beaudant Voirin, op. Cit., No 272, p. 288.
جوسران، جـ ١، فقرة ١٨٥٠، هوان فى بحث الأهلية، المجلة الفصلية ١٩٤٧ ص ٣٩١ وما بعدها مشار إليهما فى إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٢ هامش ٢.

(٢) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٢، ٨٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٧، ص ١٠٦، ١٠٧، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠، ص ١٤٥، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٢٦، ١٢٧.

(٣) اوبرى ورو، جـ ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٢٧٨ مكرر (٧) ص ١٩٦، كولان وكابيتان ودى لاموراندبير، جـ ١، فقرة ١٠٣٠، ص ٨٢٩، شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ١٢٨، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٦، ص ٩٧ ورقم ٧٧ ص ٩٩.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩، ص ٨٣، ٨٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٧، ص ١٠٨، ١٠٩، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ١٤٥، ١٤٦.

(٥) بيدان وفواران، فقرة ٢٧٢، ص ٢٨٩، بلانيول. وربيير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٢٢٨.

(٦) محمد على عرفة، المرجع السابق، فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩، وإن كان يرى أن من شأن التكليف العينى أن يخرج المال من دائرة التعامل. أنظر فى انتقاد ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٨٥، حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٢٧، ١٢٨.
وأنظر فى الرد على الإنتقادات التى وجهت لفكرة التكليف العينى منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٧، ص ١١٢.
وهو يرى أن فكرة التكليف العينى الناشئ عن شرط عدم التصرف لا يعنى أكثر من وجود عبء أو قيد بالشئ ذاته، ولذلك يفضل استخدام اصطلاح "قيد عينى" وينتهى إلى أنه ليس هناك فرقا – فى التعبير – بين هذا الرأى الذى يفضله وما ينتهى إليه ناقدوه من أن شرط المنع من التصرف يؤدى إلى تعديل فى أحكام الملكية أو إلى وجود قيد على سلطات المالك.

والتكييف السائد فى الفقه فى مصر يذهب إلى أن شرط المنع من التصرف يورد قيداً على سلطات المالك؛ إذ يتضمن تعديلاً من النظام العادى للملكية بمقتضى إرادة الأفراد[1]. وهذا التعديل فى أحكام الملكية يجب ألا يتعدى ما هو ضرورى لتحقيق المصلحة التى استهدفت حمايتها بتقرير الشرط المانع. ولما كانت تلك المصلحة تختلف من حالة إلى أخرى، فلا مناص من أن تختلف القواعد التفصيلية التى يتضمنها نظام الشرط المانع باختلاف المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها. وبذلك يكون الشرط المانع مرناً فى شروط صحته وفى آثاره[2].

ثالثاً: آثار الشرط المانع من التصرف

بطلان الشرط ذاته وأثره على العقد:

إذا توافر الشرطان السابقان، كان شرط المنع من التصرف صحيحاً وترتبت عليه آثاره التى نعرض لها الآن. أما إذا تخلف هذان الشرطان أو أحدهما كان الشرط الوارد فى التصرف وحده باطلاً ما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشرط الذى وقع باطلاً فيبطل العقد كله (م ١٤٣ مدنى).

بعد هذا التوضيح الهام يجب علينا أن نتعقب آثار هذا الشرط سواء من حيث نطاق المنع أو آثار هذا المنع.

أ- نطاق المنع ومقتضياته:

شرط المنع من التصرف يقيد سلطة المالك فى التصرف. ولذلك فإن هذا المنع من التصرف ينصرف إلى التصرف فى الشئ تصرفاً مادياً وإلى التصرف فى الحق تصرفاً قانونياً. فلا يجوز للمالك أن يعدم الشئ، كأن يهدم المنزل الذى يمنع الشرط التصرف فيه كما لا يجوز له أن يبرم تصرفاً ينقل به حقه إلى شخص آخر، كحق إنتفاع أو إرتفاق أو رهن فالهدف من هذا الشرط هو بقاء الملكية كاملة للمالك. وعلى ذلك يجوز للمالك أن يباشر التصرفات التى ليس من شأنها أن تؤدى إلى زوال حقه كله أو بعضه، كأعمال الإدارة، كالإيجار، وكذلك التصرفات المقررة كالقسمة والصلح. كما أن هذا الشرط

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٦، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٣١. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ١٤٧.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٧ .

لايحول دون أن تنتقل ملكية الشئ الممنوع التصرف فيه إلى غير المالك بسبب آخر غير التصرف القانونى، كالميراث والتقادم.

رأينا أن غالبية الفقهاء فى مصر تذهب إلى أن شرط المنع من التصرف يورد قيداً على سلطات المالك، إذ يتضمن تعديلاً فى النظام العادى للملكية بإرادة الأفراد مقتضى ذلك، إذا كان الشئ عقاراً وجب تسجيل الشرط المانع لكى يترتب عليه آثاره (م ٩ من قانون الشهر العقارى فى مصر). ويقصد من وراء شهر شرط المنع من التصرف حماية الغير الذى يتعامل مع المالك فى خصوص العقار الذى يمتنع التصرف فيه. ولذلك إذا لم يكن هذا الشرط شُهر فلا يحتج به على الغير.

أما إذا كان الشئ منقولاً فإن قاعدة الحيازة فى المنقول إذا توافرت شروطها كفيلة بحماية الغير حسن النية الذى يتعامل مع المالك فى خصوص المنقول الممنوع التصرف فيه. فلا يحتج بالشرط على الغير الذى يحوز المنقول الممنوع التصرف فيه بسبب صحيح وحسن نية، وذلك طبقاً لحكم المادة ٩٧٦/ ٢ مدنى مصرى التى تنص على أنه "إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى إعتباره الشئ خالياً من القيود والتكاليف العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها".

ب- آثار المنع:

وهنا سنعرض لما يترتب على مخالفة الشرط من آثار، والتى تتمثل فى بطلان التصرف المخالف وعدم القابلية للتنفيذ وذلك بشئ من التفصيل:

١- بطلان التصرف المخالف:

تنص المادة ٨٢٤ مدنى مصرى على أنه "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً".

وبطلان التصرف المخالف للشرط هو الجزاء الذى يتفق مع الغرض المقصود من منع المالك من التصرف، من إبقاء الملكية. ولذلك أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا الصدد أن المشرع قد حسم بهذا

الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي[1].

يجب الأخذ في الاعتبار طبيعة شرط المنع من التصرف من كونه قيداً على سلطة المالك، وتعديلاً للنظام العادي للملكية لذلك أعطى القانون للإرادة سلطان تقريره لمدة مؤقتة تحقيقاً لمصلحة مشروعة[2] عند تحديد نطاق آثاره وطبيعة الجزاء المقرر عند مخالفته.

وعلى ذلك يجب لإبطال تصرف المالك أن يكون مخالفاً للشرط المانع. فإذا لم يشترط المنع بصيغة مطلقة بل اقتصر الأمر على اشتراط الإستبدال في حالة التصرف فإن التصرف يكون صحيحاً إذا احترم هذا الشرط[3]. وقد يكون الشرط مانعاً من التصرف بصفة مطلقة، ومع ذلك تعرض ظروف تقتضي الإذن للمالك بالتصرف بشرط الإستبدال. كما لو أصبح المنزل الذي منع المالك من التصرف فيه مهدداً بالسقوط وأريد بيعه أنقاضاً، أو صار المال الذي يتمنع التصرف فيه قليل المنفعة إلى الحد الذي ينبغي معه أن تستغل قيمته بطريقة أخرى. في كل هذه الحالات يجب بسط الرقابة على جدية الظروف التي تدعو إلى الإذن للمالك في التصرف أو إجراء الإستبدال لضمان حماية المصلحة التي اقتضت هذا المنع[4]. كما أنه يجوز إجراء التصرفات التي لاتتعارض مع المصلحة التي اقتضت المنع، أو لا تؤدي إلى فواتها.

وعند إنتفاء الضرورة التي تقتضي الإذن بالتصرف فإن التصرف المخالف الشرط المانع يقع باطلاً. كما تقضي بذلك المادة ٨٢٣ مدني مصري. لكن ما طبيعة هذا البطلان؟ أجابت المذكرة الإيضاحية بأنه إذا خولف الشرط المانع من التصرف "كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف"[5]. لكن أحكام البطلان المطلقة تتجاوز الغرض الذي من أجله تقرر شرط المنع من التصرف. هل معنى ذلك أن المقصود هنا هو القابلية للإبطال؟ في الواقع إن أحكام القابلية للإبطال ليست منطبقة تماماً في هذا الصدد. بل إن البطلان ذاته ليس هو الجزاء الذي تقضي به القواعد العامة عند مخالفة الشرط،

---

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ٦، ص ٧٧ .
(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٣١.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٨٩ .
(٤) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢ - ١ ص ١٤٩ .
(٥) الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٧٧.

وإنما هو جزاء أخذ به القضاء ونص عليه المشرع لأنه يستجيب أكثر للغرض المقصود من الشرط كما أسلفنا. وبناء على ذلك فإن أحكام هذا البطلان تتحدد وفقا للغرض المقصود من شرط المنع، ودون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة فى البطلان. فالغاية من إباحة الشرط المانع من التصرف هى مجرد حماية مصلحة أحد الأشخاص خلافا للأصل المقرر. ولذلك جرى الفقه الفرنسى والمصرى فى مجموعة التزام حدود هذه الغاية.

وبناء على ذلك، فإن الأصل أن الشخص الذى يجوز له التمسك بالبطلان هو من تقرر الشرط لمصلحته. فيجوز للمشترط أو الغير حق طلب إبطال التصرف المخالف إذا كان المنع من التصرف مشترطا لمصلحته. كما يجوز لأى منهما أن ينزل عن الحق فى التمسك بالبطلان بإجازته للتصرف.

أما إذا كان المنع من التصرف مشترطا لمصلحة المالك، الممنوع من التصرف، فإن قصر حق طلب الإبطال عليه، أو إعطاءه حق الإنفراد بإجازة التصرف، يجرد الشرط من قيمته، إذ يكفى له أن يتصرف دون أن يطلب الإبطال فتهدر قيمة هذا الشرط تماما. ولذلك يتعين فى هذه الحالة إعطاء المشترط [illegible] المطالبة بالإبطال [illegible] من مصلحته [illegible] الشرط، وبالتالى فلا تكفى إجازة المالك لكى يصبح التصرف المخالف فى مأمن من الإبطال، بل يجب أن تنضم إلى إجازته إجازة المشترط[1].

٢- عدم القابلية للتنفيذ:

والعلة من ذلك أنه إذا أجيز لدائنى المالك أن ينفذوا بحقوقهم على الشئ الذى منع التصرف فيه فإن ذلك سيؤدى، فى معظم الأحوال، إلى إجهاض الشرط المانع من التصرف وإهدار قيمته. فيكفى أن يمتنع المالك عن الوفاء بديونه فيباع الشئ جبرا ليستوفى دائن حقه من ثمنه، وبذلك يصل المالك بطريق غير مباشر إلى التصرف فى الشئ رغم الشرط المانع. ولذلك استقر الفقه والقضاء على أن اشتراط المنع من التصرف يستتبع عدم القابلية للتنفيذ[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ١١٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ١٥٠، ١٥١، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٣٢، ١٣٣. أنظر فى اعتبار أن الجزاء هنا هو البطلان المطلق، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص ١٧٩، ١٨٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٢.

وعدم القابلية للتنفيذ محكومة فى وجودها ومداها بالغرض المقصـود من شرط المنع ويترتب على ذلك:

أولاً: إذا كان الغرض من شرط المنـع لا يستلزم أصـلا عدم جـواز التنفيذ، فيكون التنفيذ جائزاً. مثال ذلك إذا كان الشرط المانع قد اشترط فـى عقد بيع تأكيداً لامتياز البائع على العقار المبيع لحين الوفاء بكامل الثمـن مـن جـانب المشترى. فالغرض من الشرط المانع فى هذه الحالة هو تجنب البائع لإجراءات التتبع فى مواجهة الغير، فيعمل به فى حدود الغاية منه. وبالتالى لا يترتب عليـه حرمان دائنى المـالك مـن التنفيذ. إذ يـترتب علـى تسـجيل حكـم إيقـاع البيـع أو التأشير بـه تطـهير العقـار المبيـع مـن كافـة الحقـوق العينيـة التبعيـة (م ٤٥٠ مرافعات مصرى) بما فى ذلك إمتياز البـائع، ولا يبقـى لـه إلا أن يستوفى حقـه بالأولوية من الثمن دون أن يضطر إلى مباشرة إجراءات التتبع.

ثانياً: أن عدم القابلية للتنفيذ التابعة للشرط المانع من التصـرف تختلف عن عدم القابلية للتنفيذ التى تشـترط بشـرط مسـتقل فـى الهبـة أو الوصيـة طبقـاً للمـادة ٣٠٨ مرافعات مصـرى والتـى تنـص علـى أن "الأمـوال الموهوبـة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليـها لا يجـوز حجزهـا مـن دائنـى الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصيـة إلا لديـن نفقـة مقررة وبالنسبة المبينة فى المادة السابقة (بقدر الربع)".

فاشتراط عدم جواز التنفيذ فى هذه الحالة، مع بقاء التصرف الإختيارى جائزاً، يقصد به إبعاد الشئ الموهوب أو الموصى به عن منال الدائنين السابقين على الهبة أو الوصية، فيمـا عدا الدائـن بنفقـة فـى حـدود معينـة، ولذلـك يكـون للدائنين الذين نشأت حقوقهم بعـد الهبـة أو الوصيـة الحق فـى التنفيذ. أمـا عدم القابلية للتنفيذ التابعة للشرط المانع المقصود منها سد السبيل أمام المـالك بحيث لا يستطيع التصرف فـى الشـئ، ولـو عـن طريـق غير مباشـر، بالإمتنـاع عن الوفاء بديونه، فإن حظر التنفيذ يسرى على جميع الدائنيـن بصـرف النظـر عن تاريخ نشوء حقوقهم وذلك حتى يتحقق الغرض من المنع، وهو بقـاء المـال فـى ذمة المالك؛ حماية لمصلحة مشروعة للمشترط.

ثالثاً: الأصل أن زوال المنع من التصرف يستتبع حتماً زوال المنع مـن التنفيذ. لكن القضاء الفرنسى خرج عن هذا الأصل فى حالة ما إذا اشترط المنـع من التصرف فى هبة أو وصية حماية للمالك من رعونته وتبذيـره إلـى أن يبلـغ

سنا معينة، وقرر أنه لا يجوز للدائنين، الذين نشأت حقوقه أثناء مدة المنع من التصرف، التنفيذ على الشئ حتى بعد إنقضاء هذه المدة[1] ويهدف هذا القضاء إلى إستعمال الحماية المقررة للمالك بأن يسد عليه سبيل التحايل، وذلك بإقدامه قبل إنتهاء مدة المنع على الدخول فى معاملات يترتب عليها مديونيته ثم يظهر أثر هذه المعاملات بمجرد إنتهاء المدة فينفذ الدائنون على المال فتنتفى بذلك الحماية المقصودة[2]. وقد انتقد بعض الفقهاء[3] بحق هذا المسلك على أساس أن إمتناع التنفيذ هنا نتيجة لعدم جواز التصرف، ولذلك فإذا ارتفع المنع من التصرف ارتفع معه المنع من التنفيذ. كما أن إنقضاء مدة المنع يترتب عليها عودة الشئ إلى الضمان العام لجميع الدائنين دون تفرقة، وحرمان بعضهم من التنفيذ فيه انتقاص من حقوقهم دون سند من القانون. بل يذهبون إلى أن مسلك القضاء يتجاوز الغرض من الشرط المانع، إذ الغرض هو حماية المالك بمنعه من التصرف فى مال معين خلال مدة معينة لا فرض وصاية عليه فى كافة تصرفاته.

المطلب الثانى

القيود القانونية

- القيود القانونية بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة:

سبق أن رأينا أن حق الملكية ليس حقا مطلقا، وأصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب، بل كذلك باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية. ولذلك كثرت فى القوانين الحديثة القيود التى تحد من سلطات المالك لمصلحة الجماعة أو لمصلحة غيره من الأفراد.

---

(١) أنظر فى هذا القضاء بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٢٣٠ ص ٢٣٨، ريبير بولانجيه، جـ ٣ فقرة ٢٤٣٤ ص ٨٥٢.

(٢) أنظر فى تأييد هذا القضاء محمد كامل مرسى، جـ ١ فقرة ٤٠٩ ص ٥٢٤، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٢٨٣ ص ٣٧٢، إسماعيل غانم، فقرة ٤٢ ص ٩٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٠٣ ص ١٥٣٠.

(٣) أنظر فى انتقاد هذا القضاء حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ٣٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ٩٣ هامش ٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٥٠ ص ١٢٠.

ولذلك عنيت القوانين الحديثة بالنص على القيود القانونية التى ترد على حق الملكية. وقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٨٠٦ على أنه "على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة الخاصة، وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية:

ويتضح مما سبق أن القيود القانونية إما تكون قيود قانونية تتعلق بالمصلحة العامة أو قيود قانونية تتعلق بالمصلحة الخاصة.

والقيود المقررة لمصلحة العامة، هى القيود التى تتقرر بغرض يتصل بالصالح العام، وهى من الكثرة بحيث يصعب حصرها، ومن أمثلتها القيود المتعلقة بخطوط التنظيم[1]، وما تفرضه التشريعات الخاصة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، وهى التى أشارت إليها المادة ٨٢٢ مدنى مصرى بقولها إن "المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح وبالشروط التى تفرضها"، والقيود التى تفرضها قوانين الآثار .. وما إلى ذلك.

أما القيود المقررة لمصلحة خاصة، فهى القيود التى تتقرر لصالح أحد الأفراد، وإن كانت تراعى فى نفس الوقت المصلحة العامة، ومن أمثلتها القيود المتعلقة بالرى، والقيود التى تتقرر لصالح الجيران.

ـ طبيعة القيود القانونية:

سبق أن رأينا أن للمالك سلطات جامعة على ملكه. وقد بينا النطاق المادى لهذه السلطات، وعلى ذلك ليس هناك ما يمنع من أن يتدخل المشرع ويفرض قيوداً تحد من هذه السلطات ليرسم الحدود التى يجب على المالك أن يراعيها فى مزاولته لحقه. فهذه القيود تعتبر قيوداً عامة على سلطات المالك بالنسبة لكل ملكية توجد فى ظروف معينة. وبذلك يكون من شأن هذه القيود أن تحدد الوضع العادى لحق الملكية فى هذه الظروف.

ويتضح مما تقدم أن هذه القيود تتميز عن حقوق الإرتفاق. فالإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر (م ١٠١٥ مدنى

---

(١) أنظر نقض ١٩٩٥/١١/٣٠ الطعن رقم ٧٠٨٥ لسنة ٩٣ ق، مجلة القضاة السنة ٢٩ العدد الأول ص ٣٩٧، حيث قضت بأن إلزام طالبى البناء بتوفير أماكن لإيواء السيارات طبقاً للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ الخاص بتوجيه وتنظيم أعمال البناء ولائحته التنفيذية بسريان هذا الإلتزام فى حالة البناء بدون ترخيص".

مصرى). وهذا التقابل بين القيود القانونية وحقوق الإرتفاق لا يغير منه وجود قيود قانونية تتضمن الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر، كالقيود الخاصة بالمياه، والقيد الخاص بحق المرور الذى يقرره القانون لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، والقيد الخاص بالمسافة التى تجب مراعاتها بين المطلات وملك الجار. وذلك يرجع إلى أن هناك فارقا جوهريا، يظل مع ذلك، قائما بينهما، وهو أن القيود القانونية بحكم كونها مقررة من جانب المشرع، تعتبر حدودا عامة لكل ملكية توجد فى ظروف معينة، بحيث يكون من شأنها أن تحدد الوضع العادى لحق الملكية فى هذه الظروف. فى مقابل ذلك نجد أن حق الإرتفاق يمثل فكرة الخروج على هذا الوضع العادى، فهو عبء استثنائى يتقرر بفعل الإنسان ولا يتناول إلا ملكية معينة[1].

وقد كان التقنين المدنى المصرى القديم يخلط بين القيود القانونية وبين حقوق الإرتفاق، وكان يضع هذه القيود فى المكان المخصص لحقوق الإرتفاق أما التقنين المصرى الحالى فقد وضع هذه القيود فى مكانها الصحيح، حيث أوردها بين القيود التى ترد على حق الملكية (م ٨٠٦ وما بعدها).

- نتائج التفرقة بين القيود القانونية وحقوق الإرتفاق:

١- عدم خضوع القيود القانونية لقواعد الشهر والعلانية. حيث أن مصدرها القانون وتمثل الوضع العادى للملكية فى ظروف معينة. وذلك خلافاً

---

(١) يأخذ بهذه التفرقة غالبية الفقه فى فرنسا، أنظر كولان وكابيتان ودى لاموراندير، جـ ١، فقرة ١٠٠٥ جوسران، جـ ١، فقرة ١٩٦٨، دى باج والدكرز جـ ٥ فقرة ٩٤٢، هنرى وليون وجان مازو، جـ ٢، فقرة ٧٠٦، ويعارض هذه التفرقة، ويعتبر هذه القيود من قبيل الإرتفاقات القانونية، بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٤١٤، ٩٠٠. ومن الفقهاء من يرى أن لهذه القيود طبيعة مزدوجة بيدان وفواران، جـ ٤، فقرة ٥٦٢. ويأخذ بهذه التفرقة فى مصر، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ١٨٩، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ٩٦، حسن كيرة، فقرة ٧ ص ٩٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٣٩٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٥٢، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١١ ويعارضها شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٣٠. وبعض الفقهاء يفرق فى شأن القيود القانونية بين حقوق الإرتفاق بالمعنى الدقيق (كحقوق الشرب والمجرى والصرف والمرور) وبين ما يعتبر مجرد قيد قانونى (كقيد المسافة الخاص بالمطلات، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٨) وعبد الفتاح عبد الباقى، دروس فى الأموال ١٩٥٦، فقرة ٩١، وأنظر فى انتقاد هذا الرأى حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٩٢، وعبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٥٢ هامش ١، ص ٥٣.

لحقوق الإرتفاق التى تخضع للشهر عن طريق التسجيل أو القيد فى السجل العقارى.

٢- عدم ضمان خلو العين المتصرف فيها من تلك القيود، حيث أن مصدرها القانون وتمثل الوضع العادى للملكية وذلك خلافاً لحقوق الإرتفاق بالمعنى الدقيق.

٣- عدم جواز إكتساب هذه القيود بالتقادم، لأنها تمثل الوضع العادى للملكية فى ظروف معينة، فإنها تظل قائمة طالما بقيت تلك الظروف، وتزول بزوالها، ولهذا لا يكون لمن يفيد منها التمسك باستمرار بقائها، مهما كانت طريقة ومدة استعماله لها وإفادته منها، وذلك لأن التقادم المكسب يفترض الحيازة، ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ولا يحمل معنى التعدى على الملك الواردة عليه.

٤- لا تسقط القيود القانونية بعدم الاستعمال مهما طالت مدته، لأنها تمثل الوضع العادى للملكية فى ظروف معينة. وذلك بخلاف حقوق الإرتفاق (م ١٠٢٧ مدنى مصرى).

- خطة الدراسة:

وسندرس هذه القيود التى ترد على سلطات المالك فى أربع فقرات على التوالى: أولاً: القيود الخاصة باستعمال حق الملكية، وهو يتعلق بالتزامات الجوار، ثانياً: القيود التى تتعلق بالمياه، ثالثاً: القيد الخاص بالمرور القانونى. رابعاً: القيود التى ترجع إلى التلاصق فى الجوار.

أولاً: القيود الخاصة باستعمال حق الملكية

(التزامات الجوار)

- تمهيد وتحديد:

إن المالك فى استعماله لحقه يخضع للقيود التى تفرضها عليه القواعد العامة، كعدم تجاوز حدود الحق وعدم التعسف فى استعماله. وإلى جانب ذلك فرض عليه القانون عدم الغلو فى استعماله حقه. ولذلك يجب أن نقف باختصار على القيود الواردة فى القواعد العامة، ثم ندرس تفصيلاً المسئولية عن أضرار الجوار غير المألوفة.

أ- مجاوزة الحدود الموضوعية للحق:

يسأل المالك بمقتضى القواعد العامة إذا تجاوز الحدود الموضوعية لحقه. كأن يجاوز حدوده فيبنى فى أرض جاره، أو يفتح مطلاً فى المسافة الممنوعة قانوناً، أو أن صاحب مصنع لا يتخذ الإحتياطات اللازمة فتسيل المياه المتخلفة عن المصنع فى أرض الجار. وقد تتحقق مسئولية المالك بمقتضى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية، إذا ثبت إرتكابه خطأ شخصى ترتب عليه ضرر بالغير، كما لو أقام المالك بناء فى أرضه دون أن يراعى الأصول الفنية للبناء فى وضع أساساته فترتب على ذلك الإضرار بالعقارات المجاورة[1].

وقد تكون مسئولية المالك قائمة على الخطأ المفترض، وذلك إذا ما توافرت فى حقه شروط المادة ١٧٦ الخاصة بمسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر، أو المادة ١٧٧ الخاصة بمسئولية حارس البناء عن الضرر المترتب عن إنهدامه كلياً أو جزئياً، أو المادة ١٧٨ الخاصة بمسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر.

ب- التعسف فى استعمال الحق:

وهنا نجد أن المالك يلتزم الحدود الموضوعية المرسومة لحقه، فهو يستعمل حقه فى هذه الحدود ولا يخرج عنها، ولكنه يتعسف فى هذا الاستعمال مما يستوجب مسئوليته طبقاً للمادة ٥ من القانون المدنى المصرى.

وقد كان حق الملكية المجال المختار لنظرية التعسف فى استعمال الحق.

وتتحقق مسئولية المالك طبقاً للقاعدة العامة المقررة فى المادة ٥ من التقنين المدنى المصرى فى أحوال ثلاث:

١- إذا لم يقصد باستعماله لملكه سوى الإضرار بالغير، كما أقام على حافة ملكه حائطاً أو أشجار لمنع النور والهواء عن ملك الجار.

٢- إذا كانت المصلحة التى يرمى المالك إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع الضرر الذى أصاب الجار بسببها. ومن تطبيقات هذا المعيار ما نصت عليه

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٢٧، ١٢٨.

المادة ٨١٨/ ٢ مدنى مصرى من أنه "ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط".

٣- إذا كان المالك يقصد باستعماله لملكه تحقيق مصلحة غير مشروعة. كأن يخصص منزله لتعاطى المخدرات أو لعب القمار.

جـ- الغلو فى استعمال حق الملكية:

وهنا نجد أن المالك يلتزم الحدود الموضوعية المرسومة لحقه، فهو يستعمل حقه فى هذه الحدود ولا يخرج عنها، كما أنه لم يتعسف فى استعمال حقه ولكن استعماله لحقه ترتب عليه مع ذلك أضرار غير مألوفة، كمن يقيم مصنعا فى أرضه، ويتخذ كافة التدابير التى تقتضيها القوانين واللوائح ومع ذلك يترتب على تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة أو الضوضاء منه إنقاص قيمة الأراضى المجاورة.

من الثابت أن للمالك أن يستعمل ملكه على النحو الذى يريده كى يحصل على جميع المزايا الممكنة من الشئ. وهذا يقتضى أن يتحمل الملاك المتجاورون على سبيل التبادل ما ينجم عن هذا الاستعمال من مضايقات أو أضرار ما دام أنها من قبيل الأضرار العادية المألوفة وإلا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم. لكن إذا غلا المالك فى استعمال حقه إلى حد يضر بالجار ضررا غير مألوف فإن المالك يسأل حينئذ عن هذا الضرر. وقد استقر القضاء الفرنسى[١]، ومن بعده القضاء المصرى على ذلك فى ظل القانون المدنى القديم[٢].

وقد انتهج القضاء هذا المنهج بالرغم من عدم وجود نص فى كل من القانون المدنى الفرنسى والتقنين المدنى المصرى القديم. وهذا القضاء رغم عدالته لم يكن من السهل رده إلى القواعد العامة. فالفرض أن المالك لم يرتكب تقصيرا، كما أنه لم يتعسف فى استعمال حقه، كما أن المالك التزم مضمون وحدود حقه.

---

(١) أنظر فى ذلك بلانيول وريبر وبيكار، جـ ٣ فقرة ٤٦١ – ٤٦٧.

(٢) أنظر فى ذلك عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٦٠ هامش ٢، ٣، ٤.

ولذلك فقد أحسن المشرع المصرى صنعا بتقنينـه هذا القضـاء والنص صراحة علـى مسئولية المـالك عن الأضـرار غير المألوفـة (م ٨٠٧ مدنـى مصرى).

وتنص المادة ٨٠٧ مدنى مصرى على أنه "١- على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢- وليس للجـار أن يرجـع علـى جـاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها، وإنمـا لـه أن يطلب إزالـة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى فـى ذلك العرف، وطبيعـة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذى خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق"[1].

- خطة الدراسة:

ونتولى الآن دراسة معيار الغلو فى استعمال حق الملكية، ثم نقف علـى جزاء المسئولية عن المضار غير المألوفة وأثر الترخيص الإدارى، وأخيرا نعرض باختصار لأساس هذه المسئولية.

١- معيار الغلو فى استعمال حق الملكية: الضرر غير المألوف

فرض القـانون المدنـى المصـرى الـتزام علـى المـالك بـألا يغلـو فـى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار (م ٨٠٧/ ١). لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن مجرد الغلو فـى استعمال حق الملكيـة إلـى حد يضـر بملك الجـار يرتـب مسئولية المالك. وإنمـا يجب الوقوف علـى الأضـرار التـى يترتب عليها قيـام مسئولية المالك. لذلك تأتى الفقرة الثانية من المـادة ٨٠٧ مدنـى مصـرى لتبين حدود هذا الإلتزام، فالمـالك لا يسـأل أيـا كـان الضـرر، بـل يجـب أن يتجـاوز الضرر الحد المألوف. فالمادة ٨٠٧/ ٢ تنص علـى أنـه "ليس للجـار أن يرجـع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها، وإنمـا لـه أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجـاوزت الحـد المـألوف". وعلـة ذلك واضحـة حيث أن

---

(١) وقد وردت أحكام تفصيلية فى مجلة الأحكام العدلية فى هذا الصدد. فتنص المادة ١١٩٧ من المجلة على أنه "لا يمنع أحد من التصرف فى ملكه أبدا إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشا" ونصت المادة ١١٩٩ على أن "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعنى المنفعـة الأصليـة المقصـودة من البنـاء كالسـكنى، أو يضـر بالبنـاء أى يجلب له وهنـا ويكـون سـبب إنهدامـه" ونصـت المـادة ١٢٠٠ علـى أن يدفـع الضـرر الفاحش بأى وجه كان ...".

المالك لم يرتكب تقصير، كما أنه لم يتعسف فى استعمال حقه، إذ هو يبغى تحقيق مصالح جدية ومشروعة، كما أنه التزم فى استعمال حقه مضمون وحدود هذا الحق، ولذلك لو سأل المالك عن أى ضرر يلحق جاره بسبب استعماله لحقه، لأصبح الملاك فى حرج شديد، ولغلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم[1]، إذ لا يأمن الملاك، مهما بلغ حرص كل منهم فى استعماله لحقه، من أن يترتب على هذا الاستعمال قدر من الضرر للجيران، ولرفع هذا الحرج يجب أن يتحمل كل منهم قدرا معينا من الأضرار التى يفرضها الجوار ويمكن التسامح فيها، وهى التى تسمى "مضار الجوار المألوفة" وقد وصفها المشرع وصفا يساعد القاضى فى إعمال المعيار المرن الذى وضعه وذلك بقوله "التى لا يمكن تجنبها"[2].

وعلى ذلك فإن الضرر فى تلك المسئولية يجب أن يكون على درجة معينة من الجسامة، وذلك على خلاف القواعد العامة، إذ يتعين أن يجاوز مقداره الحد المألوف بين الجيران. فغلو المالك فى استعمال حقه، الذى يرتب مسئوليته، ينظر إليه من خلال الضرر الذى يترتب على هذا الاستعمال، بحيث لا يمكن الحكم فى مسألة تحقيق أو عدم تحقق الغلو إلا بالنظر إلى الضرر، وذلك على خلاف القواعد العامة [3].

ويتضح من ذلك أن تقدير ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف يعتبر مسألة موضوعية يترك التقدير فيها لقاضى الموضوع. وهو يعتد فى هذا التقدير بظروف الحالة المعروضة عليه من حيث إعتبارات الزمان والمكان، بأن يراعى فى ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذى خصصت له .

وبذلك تمكن مرونة هذا المعيار من مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور وما يستحدثه التقدم الصناعى فى المستقبل من صور جديدة للمعيار.

---

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جـ ٦، ص ٣١ .
(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٥٥، ٥٦ .
(٣) حيث لا يعتمد البحث فى توافر ركن الخطأ على ركن الضرر.

وطبقاً لهذا المعيار فإن ما يعتبر مألوفاً فى زمن معين قد يصبح ضرراً غير مألوف فى زمن آخر، وللعرف شأنه فى ذلك بحسب تطور ظروف المجتمع. وما يعتبر ضرراً مألوفاً فى الريف قد لا يكون كذلك فى المدن. والضرر الذى يصيب الجار من الدخان أو الضوضاء نتيجة وجود مصنع أو مقهى فى ملك الجار قد يعتبر مألوفاً فى منطقة صناعية ولا يكون مألوفاً فى حى للسكنى.

ولكن يبقى تساؤلاً هاماً، ما هو أثر الظروف الشخصية للجار، وأثر أسبقية الاستغلال فى تقدير مألوفية الضرر؟

أ- أثر الظروف الشخصية فى تقدير الضرر:

سبق أن رأينا أن الظروف التى يعتد بها القاضى فى تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف هى الظروف الموضوعية وعلى ذلك إذا كان الضرر الناشئ عن استعمال المالك لملكه مألوفاً وفقاً لهذه الظروف، ولكنه تجاوز الحد المألوف بسبب ظروف شخصية خاصة بمن لحقه الضرر، كما لو كان مريضاً أو مرهف الحس أو ضعيف الأعصاب، فإنها تكون ظروف استثنائية لا يعول عليها ولا يسأل المالك الذى تسبب فى هذا الضرر.

لكن إذا كانت هذه الظروف راجعة إلى الغرض الذى خصص له العقار المجاور، كما لو كان العقار المجاور لمصنع قد خصص لكى يكون داراً للعلاج أو الاستشفاء، فهل تدخل فى الاعتبار لمعرفة ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف؟

يرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز الاعتداد بالغرض الخاص الذى أعد له عقاراً لجار إذ ليس من المعقول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك فى الاستعمال تبعاً للظروف الخاصة بكل جار على حدة. فالمشرع عندما نص على أنه يراعى العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض الذى خصصت له" لا يشير إلى ذلك العقار الذى يملكه الجار وحده بل يشير إلى كافة العقارات المحيطة بعقار المالك الذى يراد مساءلته[1].

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٦٢ ص ١٣١، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٦١.

بينما ذهب البعض الآخر، بحق، إلى وجوب الاعتداد بالغرض الذى خصص له العقار ما دام هذا التخصيص عادياً أى كظاهرة مألوفة كوجود مستشفى فى حى سكنى.

ومن هؤلاء الفقهاء من يرى أنه بالرغم من أن الاعتداد بالغرض الذى خصص له العقار يعتبر اعتداداً بالظروف الشخصية للجار المضرور، إلا أن هذا له ما يبرره لأن هذه الظروف عادية وليست استثنائية[1]. ومنهم من يرى أن الاعتداد بالغرض الذى خصص له العقار لا يعتبر اعتداداً بظرف شخصى بقدر ما هو اعتداد بظرف موضوعى، أدخله المشرع فى الاعتبار عندما قال "والغرض الذى خصص له"[2].

ب- أثر الأسبقية فى التملك أو الاستغلال فى تقدير الضرر:

وهنا أيضاً التساؤل يطرح نفسه هل هناك أثر لأسبقية الاستغلال أو التملك على تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف؟

ذهب البعض إلى أن الأسبقية فى التملك والاستغلال تجعل المالك غير مسئول عما يحدث للملاك اللاحقين من أضرار نشأت عن استغلاله لملكة على وجه خاص. فإذا بنى شخص منزلاً للسكنى بجوار مصنع كان قائماً من قبل فإنه لا يحق له أن يتضرر من المضايقات التى يسببها له المصنع، وقد أخذت بذلك بعض المحاكم فى مصر[3]. كما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٢٠٧ التى تنص على أن "رجل يتصرف فى ملكه تصرفاً مشروعاً، فجاء آخر وأحدث عنده بناء، فإن كان المحدث متضرراً فعليه رفع الضرر كما لو أحدث شخص داراً فى عرصته المتصلة بدكان حداد، فليس له أن يعطل دكان الحداد بقوله أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد. وكذا إذا أحدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم، فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً أن غبار البيدر يجئ على دارى".

هذا الرأى، على إطلاقه، غير مقبول إذ يؤدى إلى أن يتمكن المالك الذى بدأ باستغلال ملكه على وجه خاص، كإقامة مصنع مثلا، من فرض إرادته

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٨٨، ص ١١٥ .
(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص ١٤٩، ١٢٠٢.
(٣) محاكم الاستئناف الأهلية، ١٠ ديسمبر ١٩٢٧، المحاماة ٨ ص ٤٩٨ رقم ٣٢٦ .

على الملاك المجاورين بإجبارهم على استغلال أملاكهم في نوع معين من الاستغلال يتلاءم مع الاستغلال الذى اختاره لنفسه، وإلا يكون البديل تحملهم الأضرار غير المألوفة الناشئة عن هذا الاستغلال دون أن يكون لهم الحق في طلب التعويض. ولهذا فإن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء يذهب إلى أن مجرد الأسبقية وحدها فى الاستغلال لا تؤثر فى مسئولية المالك. وإنما يكون لهذه الأسبقية أثرها فى هذا الشأن إذا كانت أسبقية جماعية، بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة الحى وتصبغه بطابع خاص، كأن يصبح الحى صناعيا، فمن يأتى بعد ذلك ويبنى منزلا فى هذا الحى فلا يجوز له أن يرجع بالتعويض على صاحب المصنع المجاور عن الأضرار التى تلحقه بسبب وجود المصنع[1].

٢- جزاء المسئولية عن المضار غير المألوفة وأثر الترخيص الإدارى:

جزاء المسئولية عن المضار غير المألوف لا يقتصر على التعويض النقدى، الذى يدفعه المالك المسئول، وإنما للجار أن يطلب كذلك إزالة هذه المضار.

وإزالة المضار تعتبر من قبيل التعويض العينى عن الإخلال بالالتزام فى الماضى وتنفيذا عينيا للالتزام فى المستقبل. وتتخذ هذه الإزالة صورا مختلفة بحسب ظروف كل حالة. ويجوز بالإضافة فى إزالة المضار الحكم بتعويض الجار عما لحقه فى الماضى من أضرار.

وللقاضى ألا يجيب الجار المضرور فى طلب الإزالة إكتفاء بالتعويض، وذلك إذا كانت إزالة المضار يترتب عليها إرهاق للمالك بحيث تسبب له خسارة فادحة وكان الإكتفاء بالتعويض لا يلحق الجار المضرور بضرر جسيم (م ٢٠٣/ ٢ مدنى مصرى).

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١٣٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٣ ص ٥٩، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص ١٥٠، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ٦٨، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ١٢٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٣١.
ويبدو أن هذا هو ما تأخذ به المذكرة الإيضاحية إذ تقول "إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم، وقد وجد فى ناحية مناسبة له، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة، فليس لصاحب حق البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه" (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦٧، ص ٣٢).

لكن كثيراً ما يكون الإستعمال الذى قام بـه المالك وأدى إلـى الإضـرار بالجار مرخصاً به من الجهة الإدارية المختصـة، كما هو الحال بالنسـبة للمحـال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة التى يستوجب القـانون الحصـول على ترخيص إدارى لإنشائها أو تشغيلها. فهل لهذا الترخيص أثر على مسئولية المالك"؟.

أجـابت المـادة ٨٠٧ مدنـى مصـرى علـى ذلـك بقولـها " ... ولا يحـول الترخيص الصـادر من الجهات المختصة دون إستعمال هذا الحق"، كمـا لا أثـر لهذا الترخيص على سلطة القاضى التقديرية فى تقدير الجـزاء المناسـب، إزالـة المضـار، أو التعويض عن المضار غـير المألوفـة[1] لأن الـترخيص الإدارى لا شأن له بحقوق الغير وإنما هدفه التحقق من توافر الشروط المتطلبة قانوناً. كمـا أن حكم القاضى بالإزالة لا شأن له بالقرار الإدارى الصـادر بـالترخيص وإنمـا هو يقضى بتعويض الجار عن الضرر الذى أصابه. فالقاضى يباشر إختصاصه فى هذا الصدد فى مجال منفصل تماماً عن مجال القرار الإدارى[2].

٢- أساس المسئولية عن المضار غير المألوفة:

فى فرنسا حيث لا يوجد نص ينظم التزامـات الجـوار فقد اختلـف الفقـه حول تحديد الأساس الذى تقوم عليه[3].

فى مصر نظم المشرع التزامـات الجـواز بنصـوص صريحـة (م ٨٠٧ مدنى) ومع ذلك اختلف الفقه أيضاً حول أساس هذه المسئولية.

فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الغلو فى استعمال الملكيـة يعتـبر خروجـاً على حدود هذا الحق كما قررها القانون، ومن ثم يكـون خطـأ تقصيريـاً يوجـب

---

(١) بينما يرى جانب من الفقه أن الـترخيص الإدارى يجعل سلطة القـاضى قـاصرة علـى الحكم بتعويـض نقدى فقط لأن الحكم بالإزالـة للإستغلال المرخـص بـه فيـه مسـاس باختصـاص جهـة الإدارة فـى فرنسـا بلانيـول وريبير وبيكـار، فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦، كـولان وكابيتـان ودى لامورانديير، فقـرة ١٠٧٦ ص ٨٢٧، فـى مصـر محمـد علـى عرفة، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ١٩٦، ص ٢٥٣.

(٢) وهذا هو رأى جمهور الفقهاء فى مصر أنظر المراجع السابق الإشارة إليها.

(٣) فقد ذهبت آراء إلى أن أساس هذه المسئولية، تحمل التبعة، الإلتزام القانونى، المسئولية عن الأشياء، الخطأ، التعسف فى استعمال الحـق أنظـر فـى ذلـك كلـه بلانيـول وريبير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٤٦٨ - ٥٧١، دى باج، جـ ٥، فقـرة ٩١٤، أنـور سـلطان؛ نظريـة التعسـ[illegible] فـى اسـتعمال حـق الملكيـة، مجلـة القـانون والاقتصـاد لسـنة ١٧ ص ١٢٦ - ١٢٩.

المسئولية(١). وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأى على أساس أن مجاوزة الحق تفترض أصلا فعلا غير مشروع فى ذاته بينما فعل المالك هنا مشروع فى ذاته ولكنه ينقلب - حسب ظروف الحال وملابساته - إلى فعل غير مشروع بالنظر إلى نتيجته غير المألوفة(٢).

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن مسئولية المالك فى هذا الصدد تعتبر تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق التى نصت عليها المادة ٥ مدنى مصرى(٣). وقد لاحظ بعض الفقهاء أن المشرع قد حدد معايير التعسف فى هذه المادة واستبعد من بينها الضرر غير المألوف. كما أن من شأن التوسع فى نظرية التعسف فى استعمال الحق بما يخرجها عن المعايير المحددة يؤدى بها إلى أن تصاغ صياغة عامة غامضة تخشى نتائجها على فكرة الحق ذاتها(٤) ثم إن المعنى الظاهر للفظ التعسف يكفى لاستبعاد نظرية المضار غير المألوفة من نطاق هذه النظرية، إذ كيف يجوز أن يقال أن من يستغل مصنعا أو يفتح مدرسة، ولو فى حى مخصص للسكنى الهادئة، يكون متعسفا(٥).

وأخيرا يذهب بعض الفقهاء، بحق إلى أن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ترجع إلى تنظيم خاص لعلاقات الجوار. فهى مسئولية يمليها التضامن الاجتماعى بين الجيران(٦). فإذا كانت فكرة حسن الجوار مسألة ذات طابع أخلاقى، إلا أن القانون فى بعض الحالات يرقى بها إلى مصاف الالتزامات القانونية(٧).

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٥١ ص ٨٣٢، هامش ٤، فقرة ٥٦٣ ص ٨٤٩، حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ٤٥٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ١٣١، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص ٨٦، ٨٧، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٨٣، ص ١٠٩.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٤٦.

(٣) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٧، ص ١٤٤، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ١٩٢ ص ٢٤٦.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٣١ هامش ١.

(٥) بلانيول وريبر وبيكار، جـ ٣ فقرة ٧٠، ريبير بولانجيه، ١٩٥٧، جـ ١ فقرة ٢٦٨٣.

(٦) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص ٦٢.

(٧) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٨ ص ١١٣، فقرة ٤٩ ص ١١٧.

عنى المشرع المصرى بتنظيم القواعد المتعلقة بالرى والصرف فى تشريعات خاصة منذ أواخر القرن الماضى (لائحة الترع والجسور الصادرة بالأمر العالى فى ٢٢ فبراير ١٨٩٤). وفى التقنين المدنى الجديد عنى المشرع بأن ينظم المسائل المتعلقة بقيود الرى والصرف (م ٨٠٨ - ٨١١ مدنى مصرى) ثم صدر بعد ذلك قانون شامل بالرى والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ ثم عدل هذا القانون عدة تعديلات آخرها بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١. وستقتصر دراستنا على القيود المفروضة فى التقنين المدنى على الملكيات الخاصة لمصلحة الأراضى المجاورة بتخويل ملاك تلك الأراضى حق الشرب والمجرى والصرف أو المسيل.

١- **حق الشرب**: وهو حق الشخص فى رى أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر. وبهذا يعتبر حق الشرب قيدا على استئثار المالك بملكه. ولذلك نصت المادة ٨٠٨ مدنى مصرى على أن "١- من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعماله. ٢- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها. وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها".

ويتجلى تقييد الملكية فى هذه الحالة أن مالك المسقاة الخاصة، وهو يملك أيضا ما فيها من مياه، إن كان له بحسب الأصل الإنتفاع بها وحده، إلا أنه يجبر على تمكين غيره من الإنتفاع بها.

وهذا القيد نطاقه محدد من حيث الأشخاص ومن حيث الأراضى. فحق الشرب مقرر فقط للملاك المجاورين. كما أن هذا الحق يثبت للأراضى المجاورة للمسقاة ذاتها أو للأرض التى فيها المسقاة حيث أن المشرع لم يحدد

المقصود بالجوار[1]. وهذا هو التفسير السليم للنص، حيث أن النص لم يخصص الجوار على نحو معين، كما أنه يتفق مع ما تقتضيه حاجة رى الأراضى الزراعية[2].

وحق الشرب يعطى لملاك الأراضى المجاورة استعمال المسقاة فى رى أراضيهم ولكن بشرط أن يساهموا فى نفقات إنشائها وصيانتها بنسبب مساحة أراضيهم التى تنتفع بها. ويقتصر الإشتراك فى نفقات الإنشاء فقط وليس الإشتراك فى تعويض المالك عن قيمة الجزء من الأرض التى شقت فيه القناة، ولذلك تظل القناة مملوكة لصاحبها ملكية خاصة[3]. ومن هنا كان المالك مقدماً فى استعمال المسقاة عن هؤلاء جميعاً.

٢- **حق المجرى:** هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه فى أن تمر فى أرض غيره المياه الكافية لرى أرضه.

وقد نصت المادة ٨٠٩ مدنى مصرى على أنه "يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً".

ويشترط لثبوت حق المجرى للمالك أن تكون أرضه بعيدة عن مورد المياه. ويستوى فى ذلك أن يكون المورد البعيد الذى يراد الإتصال به هو النيل أو ترعة عامة أو مسقاة خاصة. غير أنه إذا كان المورد هو النيل أو ترعة

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٧١ ص ٣٦٤، ٣٦٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ٢ فقرة ٣٥٤، ص ٣٩٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١٠٩، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٧٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٦٦، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٤٦ .

(٢) عكس ذلك، محمد كامل مرسى، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٩٣، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٠٨ ص ٢٦٤، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩٨ حيث يرى أن النص يقرر حكماً استثنائياً على خلاف الأصل المقرر وهو استئثار المالك بملكه فلا ينبغى التوسع فيه.

(٣) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٧٣ حيث قضت المحكمة أن تقرير هذا الحق (حق المجرى والشرب) يختلف عن حق الملكية فالحيازة باستعمال المسقاة فى الرى ركوناً إلى ذلك الحق تعتبر حيازة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفى معه نية تملك أرض المسقاة، وتبقى هذه الحيازة المتجردة من هذه النية غير صالحة للتمسك بالتملك مهما طال أمدها إلا إذا حصل تغيير فى سببها".

عامة، فيجب على مالك الأرض التى يراد ريها أن يحصل على ترخيص من الجهة المختصة تبيح له إنشاء فتحة لأخذ المياه فى جسر النيل أو الترعة. أما إذا كان المورد مسقاة خاصة مملوكة للغير فيجب أن يكون لمالك الأرض التى يراد ريها حق أخذ المياه من هذه المسقاة إما بمقتضى إتفاق مع مالك المسقاة الخاصة، وإنما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه فى المادة ٨٠٨ مدنى مصرى.

ويثبت حق المجرى للمالك التى لا تتوافر المياه الكافية لرى أرضه. فلا يشترط أن تكون هذه المياه ضرورية لرى أرضه، كما لا يشترط أن تكون هذه الأرض محرومة تماماً من المياه. فإذا كان لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه بئراً يستخرج منه المياه، ولكن هذه المياه لا تكفى لرى الأرض، كان له حق المجرى[١].

ويجب على المالك الذى له حق المجرى أن يعوض صاحب الأرض التى يمر فيها المجرى تعويضاً عادلاً. ويشمل هذا التعويض مقابل الحرمان من الإنتفاع من الجزء الأرضى الذى يشغله المجرى، كما يشمل الأضرار الأخرى التى تلحقه بسبب شق المجرى فى أرضه (م ١٨ من قانون الرى والصرف).

٣ـ حق الصرف أو المسيل: هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام فى تصريف المياه الزائدة عن حاجة الأرض بعد ريها، إما فى مصرف خاص لغيره، وإما خلال أرض غيره لتصب فى أقرب مصرف عمومى ـ وقد وردت أحكام حق الصرف فى المادتين ٨٠٨، ٨٠٩ واللتين تنظمان حق الشرب وحق المجرى.

ويتضح من ذلك أن هناك حالتين لحق الصرف:

أـ الحالة الأولى وهى التى تقابل حق الشرب، م ٨٠٨ مدنى مصرى، ومقتضاها أنه يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف الخاص بجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من صرف، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته منه، على أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المصرف وصيانته بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منه.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٤٤، وأنظر نقض ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ع٣ ص ١٠٤٤ .

لكن لا يستفيد من حق الصرف أو المسيل إلا الأراضى التى تجاور المصرف الخاص ذاته. أما الأراضى المجاورة للأرض التى يخترقها المصرف فلا ينطبق عليها هذا الحكم. وترجع التفرقة فى هذا الصدد بين حق الشرب وحق الصرف إلى أن المشرع فى المادة ٨٠٩ مدنى لم يجز مرور مياه الصرف فى الأراضى المجاورة التى يملكها الغير إلا لكى تصب فى أقرب مصرف عمومى. ولذلك لا يجوز إنشاء قناة فى أرض الجار لكى تمر فيها مياه الصرف إلى مصرف خاص يملكه الغير[1].

ب- الحالة الثانية وهى تقابل حق المجرى، م ٨٠٩، ومقتضاها أنه يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر فى أرضه مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة والبعيدة عن المصرف العام لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً.

ويختلف حق الصرف فى هذه الحالة عن حق المجرى فى أن هذا الأخير يجيز الوصول إلى مورد المياه أياً كان، بينما لا يجيز حق الصرف سوى الوصول إلى أقرب مصرف عمومى.

ويثبت حق الصرف للمالك الذى لا يتوافر لديه مصرف كاف لصرف أرضه (م ١٦ من قانون الرى والصرف). ويجب على المالك الذى له حق الصرف فى هذه الحالة أن يعوض صاحب الأرض التى يمر فيها المصرف الخاص تعويضاً عادلاً، على النحو السابق بيانه فى خصوص حق المجرى.

- أحكام عامة:

هذه الأحكام تنطبق على الشرب والمجرى والصرف جميعاً وقد نصت عليها المادتان ٨١٠ و ٨١١. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

١- فيما يتعلق بتعويض الأضرار، نصت المادة ٨١٠ مدنى مصرى على أنه "إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء كان

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٧٩، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣٦١، إسماعيل غانم، فقرة ٥٣ ص ١١٢، ١١٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩، ص ٦٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٧٨، عكس ذلك السنهورى، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٥٢، حيث يرى أن الجار له حق شق مصرف فى ارض المالك لكى يصب فى المصرف الخاص لهذا المالك.

ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالـة الجسور ، فـإن لمـالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر".

٢- فيما يتعلق بالإصلاحات الضرورية، نصـت المـادة ٨١١ علـى أنـه "إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضروريـة، جاز إلزامهم بالإشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم".

إذا تعدد المنتفعين وجب عليهم أن يقوموا بالإصلاحات الضرورية التى يقتضيها التطهير والصيانة وحفظ الجسور فى حالـة جيدة. وتكـون نفقـات هـذه الإصلاحـات شـركة بينـهم بنسـبة مسـاحة أراضيـهم التـى تنتفـع بالمسـقاة أو المصرف، فإذا لم يتفقوا على ذلك جاز إجبارهم عليه بناء على طلب أى واحد منهم (وقد نصت على أحكام تفصيلية فى هذا الشأن م ١١، ١٢ من قانون الـرى والصرف).

ثالثاً: القيد الخاص بالمرور القانونى

تمهيد

سبق أن رأينا أن الأصـل أن للمـالك وحده أن يستأثر بالإنتفـاع بالشـئ الذى يملكه، وبالتالى له أن يمنع غيره من المرور فـى أرضـه. ولكـن قد يكـون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام، مما يؤدى إلى تعطيل إسـتغلالها إذا لـم يتمكن مالكها من الحصول على حق إرتفاق بـالمرور مـن الأراضـى المجـاورة للوصول إلى الطريق العام.

لذلك قرر المشرع لمالك تلك الأرض الحق فـى المـرور فـى الأراضـى المجاورة للوصول إلى الطريق العام. ومن هنا يبدو هذا الحق كقيد قانونى علـى مالك الأرض المجاورة.

- يتضح من ذلك أن **حـق المـرور فـى حالـة الإنحبـاس هـو حـق تقـرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام يخـول لـه الحصـول علـى ممـر فـى الأراضى المجاورة للوصول إلى هذا الطريق.**

وقـد نصـت المـادة ٨١٢ مدنـى مصـرى علـى أن "١- مـالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كـاف إذا كـان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظـة أو مشـقة كبيرة لـه حـق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه وإستعمالها علـى

الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررا ومن موضع منه يتحقق فيه ذلك" "٢- على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف من أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء".

وعلى ضوء ذلك سنتكلم عن: أولا: نطاق الحق في المرور، ثانيا: أحكام حق المرور، وأخيرا عن حالة الإنحباس الناشئ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني.

أولا: نطاق الحق في المرور

وهنا سنحدد نطاق هذا الحق من حيث الأشخاص، ومن حيث المكان.

١- من حيث الأشخاص:

يثبت هذا الحق بطبيعة الحال لمالك العقار المحبوس، وهذا ما يدل عليه ظاهر نص المادة ٨١٢ مدني مصري.

لكن الفقه لا يقف عند هذا الظاهر ويعطي هذا الحق لكل من له حق عيني على العقار يخوله استعماله واستغلاله، طالما أن ممارسة هذا الحق تتطلب الإتصال بالطريق العام. ولذلك فإن هذا الحق يثبت للمنتفع وصاحب حق الاستعمال أو السكنى والمحتكر، بالقدر اللازم لمباشرة هذه الحقوق على الوجه المألوف.

ولا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية، كالمستأجر، حيث أن حقوقهم لا تنصب مباشرة على العقار المحبوس وإنما يصل إليها عن طريق شخص معين، وهو المدين، مالك العقار أو صاحب حق عيني أخر عليه. ومن ثم فلا يجوز لهم المطالبة بحق المرور مباشرة، بل يتعين أن تكون المطالبة عن طريق مدينهم.

ولا يثبت هذا الحق للغير الذي تقتضي الضرورة قيامه بأعمال ترميمية أو إنشائية وتتطلب أن يدخل أرض المالك أو يمر بها. وكذلك الشخص الذي

يكون فى حاجة إلى هذا المرور لاستعادة أشياء ضائعة أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى[1].

كما لا يثبت هذا الحق للجمهور حتى لو كانت أرض المالك واقعة على الطريق العام وأصبح المرور فى هذا الطريق متعذراً[2].

٢- من حيث المكان:

وهنا سنتكلم عن الأرض المقرر لها حق المرور، والأراضى التى يثبت فيها حق المرور، وأخيراً تعيين الممر وطريقة المرور.

أ- الأرض المقرر لها حق المرور:

حق المرور يتقرر للأرض المحبوسة عن الطريق العام سواء كان هذا الإنحباس كلياً إذا كانت الأرض لا يصلها بالطريق العام أى ممر، أو جزئياً، إذا كانت لا تتصل بهذا الطريق إلا بممر غير كاف. ويعتبر الممر غير كاف إذا كان لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة (م ٨١٢/ ١ مدنى مصرى) وكفاية الممر أو عدم كفايته مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضى الموضوع ويتقرر هذا الحق للأرض المحبوسة عن طريقه العام أياً كانت طريقة إستعمالها أو إستغلالها، فيستوى فى ذلك أن تكون الأرض المحبوسة أرض بناء أو أرضاً زراعية أو من الأراضى المعدة للإستغلال الصناعى.

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشمل على نص يتناول هذه الحالة، وهو نص المادة ١١٧٩ والذى يقضى بأن "على كل مالك أن يأذن فى نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال، لكل شخص ذى مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص، أو لإستعادة أشياء ضائعة، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ" وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذه المادة تجنباً للتوسع فى قيود الملكية وإكتفاء بالقواعد العامة التى يقررها القانون فى النصوص الخاصة بالتعسف فى استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٨، ٤٩.

(٢) وقد ورد فى مشروع التقنين المدنى المصرى نص يتعلق بهذه الحالة وهو المادة ١١١٨ والتى تنص على أنه "على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام، إذا أصبح المرور فى الطريق متعذراً، أن يسمح بمرور الجمهور فى أرضه بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول، فإذا نشأ من ذلك ضرر، وجب على الجهة الإدارية القائمة على شئون الطريق العام أن تعوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك" وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إلى الحكم الذى أوردته مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٩، ٥٠.

ب- الأرض التى يثبت فيها حق المرور:

يرد حق المرور على الأراضى المجاورة أياً كـانت طبيعتـها وأيـاً كـان وضعها القانونى.

فيستوى أن تكون هذه الأرض زراعية أو غير زراعية. وقد تكون هـذه الأرض ملحقة بأحد المنازل، كحديقة أو فناء ولو كانت محاطة بسـور، غـير أن المالك لا يجبر فى هذه الحالـة علـى هـدم السـور، بـل يكتفـى بإقامـة بـاب يسـلم مفتاحه إلى صاحب الحق فى المرور[1].

ويستوى أن تكون هذه الأراضى من الأملاك الخاصـة أو مـن الأمـلاك العامة للدولة؛ ولكن يشترط فى هذه الحالة الأخيرة ألا يتعارض حق المرور مع الغرض الذى خصص له المـال العـام. ويصـح أن يتقـرر المـرور فـى أرض لا يجوز التصرف فيها، كالأراضى الموقوفة.

جـ- تعيين الممر وطريقة المرور:

يخول القانون الحق فى المرور بقصد تيسير استعمال العقار المحبـوس وإستغلاله. ولذلـك فـإن هـذا الحـق يجـب أن يكـون ضروريـاً لاسـتعمال العقـار وإستغلاله. ومن هذا فإنه **يخضع فى وجوده وفى مداه لحاجـات هـذا الاسـتعمال والاستغلال.**

ولذلك فإن العبرة فى تقدير لزوم الممـر ومـدى كفايتـه بطبيعـة وأهميـة الإسـتعمال أو الإسـتغلال الـذى أعـد لـه العقـار. وقـد نصـت المـادة ٨١٢ مدنـى مصرى على ذلك صراحة بقولـها أن مـالك الأرض المحبوسـة يكـون لـه "حـق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم للاستغلال أرضه وإستعمالها على الوجه المألوف". وعلى ذلك فالأراضى المبنيـة للسـكنى، إذا توافـر لـها ممـر لا يصلح إلا لمرور المشاة لا تعتبر محبوسة، فـلا يكـون لمالكـها أن يطـالب بحـق المـرور القـانونى. ولكن هـذا الممـر لا يكـون كافيـاً لأرض زراعيـــة يقتضـــى إستغلالها على الوجه المألوف أن تمر الماشية والعربات. كمـا أن الأرض التـى أنشئ عليها مصنع تحتاج إلى ممر كاف لمـرور سـيارات النقل الكبـيرة ممـا لا تحتاج إليه الأرض المبنية منازل للسكنى أو الأرض التى تستغل زراعياً.

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٩٣١، محمد على عرفة، المرجع السـابق، جـ ١، فقرة ٢٢٩، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣٣٩ .

وكذلك فإن تغيير أو تعديل طريقة الإستعمال أو الإستغلال قد يستتبع ثبوت الحق فى المرور، أو الحد من حق مرور قائم، أو إنقضاء هذا الحق. فقد يصبح الممر الذى يصل الأرض بالطريق العام غير كاف للإستغلال الجديد بعد أن كان كافياً للإستغلال القديم، كما لو صارت الأرض الزراعية تستغل فى عمل صناعى، فإن المالك يحق له أن يطالب بممر يكفى هذه الإحتياجات الجديدة. وقد يحدث العكس، أن تقل الإحتياجات للمر بشكل ملحوظ أو تنعدم، فينكمش الحق فى المرور أو ينقضى. كل ذلك مشروط بألا يكبد المالك نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار أو يحمله مشقة كبيرة.

- ويحرص القانون على ألا ينجم عن تقرير هذا الحق الذى يقيد الملكيات المجاورة إلا أقل ضرر ممكن. ولذلك نصت المادة ١/٨١٢ مدنى مصرى على أن حق المرور "لا يستعمل إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك" وعلى هذا فإنه ليس من المحتم أن يقرر حق المرور على الأرض الأقرب إلى الطريق العام أو موضع منها يجعل الممر أقصر مسافة إليه، إذا كان من شأن ذلك تحميل هذه الأرض بعبء أو ضرر كبير، وكان من الممكن تخفيف هذا العبء أو تقليل ذلك الضرر عن طريق إطالة الممر بتقريره على أرض أخرى أو على موضع آخر من نفس الأرض.

وتحديد نطاق المرور بتعيين المرور وطريقة المرور فيه قد يتم بالإتفاق بين مالك الأرض المحبوسة وبين مالك الأرض المجاورة. فإن لم يتيسر هذا الإتفاق رفع الأمر إلى القضاء. وفى هذه الحالة تراعى المحكمة القواعد والشروط المقررة فى هذا الصدد وعلى النحو السابق بيانه.

وحق المرور على هذا النحو قد يمارس على سطح الأرض أو فى باطن الأرض، كإنشاء نفق أو مد أنابيب، أو أن يمارس فى الفضاء، كمد أسلاك تمر عليها القاطرات اللازمة لاستغلال محجر قائم فى أحد الجبال. كل هذه الصور تدخل فى مفهوم نص المادة ٨١٢/ ١ مدنى مصرى والتى تتكلم عن المرور "فى الأراضى المجاورة" وذلك بخلاف نص التقنين المدنى الفرنسى الذى يتكلم عن المرور على الأراضى المجاورة، مما أوجد بعض الشك فى حقيقة مدلوله فى الفقه والقضاء هناك[١].

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١١.

إذا أقدم مالك الأرض المحبوسة على المرور في أرض الجار دون أن يتم تعيين الممر وطريقة المرور باتفاق بينه وبين الجار أو بمقتضى حكم من القاضي، فإنه يحق للجار في هذه الحالة أن يعترض، فيطلب تقرير المرور في أرض أخرى مجاورة يكون المرور فيها أخف ضرراً، أو يطلب تعيين موضع للمرور في أرضه أخف ضرراً من الموضع الذي اختاره مالك الأرض المحبوسة، أو يطلب تعديل طريقة المرور بما يتفق ومقتضيات استعمال الأرض المحبوسة واستغلالها على الوجه المألوف. فإذا سكت عن المطالبة بشئ من ذلك واستمر مالك الأرض المحبوسة يستعمل الممر الذي اختاره وبالطريقة التي اختارها مدة خمس عشر سنة سقط حق الجار في الإعتراض وبالتالي يتأكد موضع وطريقة المرور، حتى ولو كان هذا الموضع ليس هو الموضع الأخف ضرراً أو كانت هذه الطريقة لا يقتضيها استعمال الأرض المحبوسة وإستغلالها. وبالرغم من كل ذلك فإن طبيعة المرور لن تتغير، إذ يبقى هذا الحق هو حق المرور القانوني الذي نصت عليه المادة ١/٨١٢ مدني مصري. ويترتب على ذلك أن ينقضي الحق فيه بزوال حالة الإنحباس(١).

ثانياً: أحكام حق المرور

وندرس هنا مناط حق المرور، وثبوت الحق فيه، ومقابل المرور، وأخيراً إنقضاء الحق في المرور.

١- مناط حق المرور - إنحباس الأرض عن الطريق العام:

علة تقرير حق المرور ومناطه الإنحباس عن الطريق العام. فحق المرور وسيلة قررها القانون لتمكين الأرض المحبوسة من الاتصال بالطريق العام بغية تيسير استعمالها وإستغلالها. فحيث يتحقق لأرض مثل هذا الإنحباس، يثبت لها القانون حقه في المرور بالأراضي المجاورة ليتحقق لها وسيلة للاتصال بالطريق العام.

---

(١) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١٢٠، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٢، ١١٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٠١ السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٧١. مع ذلك قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٧٩، ٨٠.

- يستوى فى هذا الانحباس أن يكون كليا أو جزئيا على النحو السابق بيانه. فيكفى أن يتحقق لأرض مثل هذا الإنحباس حتى يثبت لها حق المرور القانونى.

ولا ينتفى هذا الحق لمجرد أن يكون فى الإمكان إنشاء ممر فى ذات الأرض أو توسيع ممر قائم بها ليتفق مع مقتضيات استعمال الأرض أو استغلالها، إذا كان ذلك لا يتيسر إلا بنفقة باهظة لا تتناسب مع قيمة الأرض أو أهمية الاستغلال المعدة له، كأن يستلزم الأمر إقامة قنطرة أو كوبرى إذا كانت الأرض يفصلها عن الطريق العام ترعة أو نهر[1].

كما لا ينتفى هذا الحق لمجرد أن يكون فى الإمكان سلوك منفذ أو ممر موجود فعلا فى الأرض إذا كان فى سلوكه خطر أو مشقة كبيرة، كأن يكون شديد الإنحدار بما لا يتفق ومقتضيات استعمال الأرض وإستغلالها. على العكس من ذلك لا يكفى مجرد وعورة الممر الموجود للمطالبة بثبوت الحق القانونى فى المرور، طالما أنه فى حيز الإحتمال أو ممكن إزالتها بنفقات قليلة[2].

بينما ينتفى هذا الحق إذا كان هناك ممرا كافيا يستعمله المالك فعلا للوصول إلى الطريق العام، إذ بذلك ينتفى الإنحباس، حتى ولو لم يكن المالك مستندا فى هذا الاستعمال إلى سند قانونى، كما لو كان يستند فى استعماله لممر فى أرض جار إلى حق ارتفاق متنازع عليه، أو بناء على مجرد تسامح من جانب ذلك الجار، طالما أنه لم يحرم من المرور لعدم أحقيته فى الإرتفاق أو لعدول الجار عن تسامحه[3].

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١٠٦، أنظر نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض س ٥، ص ١٥٤٧ .

(٢) محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٣١، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٦٠ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١٠٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٩٢٦، ٩٢٧، محمد كامل مرسى، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٣٢٣، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٣١، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٦٠، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣٣٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابة ، فقرة ٦٦، أنظر عكس ذلك حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٢، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٦٦ .

وينتفى هذا الحق إذا كان انحباس الأرض عن الطريق العام قد نشأ عن فعل مالكها. كأن يشغل بالبناء الممر الذى كان يصل الأرض بالطريق العام أو يتنازل عن حق ارتفاق بالمرور كان مقررا لأرضه، أو يترك هذا الإرتفاق يسقط بعدم الاستعمال(1).

٢- ثبوت الحق فى المرور بقوة القانون:

لقد رتب القانون الحق فى المرور على حالة واقعية هى حالة الانحباس عن الطريق العام على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك يثبت هذا الحق بقوة القانون بمجرد توافر حالة الانحباس ويظل قائما ما بقيت حالة الانحباس قائمة.

وبناء على ذلك فإن حق المرور يثبت بقوة القانون بمجرد توافر حالة الانحباس دون توقف على المطالبة به. فهذا الحق يوجد قبل المطالبة بتعيين الممر وطريقة المرور وقبل تقدير التعويض المستحق. ويترتب على ذلك أن إقدام مالك الأرض المحبوسة على المرور فى الأرض المجاورة قبل تعيين المرور وطريقته بالاتفاق أو بحكم المحكمة، لن يوقعه تحت طائلة قانون العقوبات، إذ أنه صاحب حق. وإنما قد يترتب على ذلك إلزامه بتعويض إضافى إذا كان قد سلك طريقا للمرور غير الذى عينته المحكمة بعد ذلك.

ولا يترتب على عدم المطالبة بالحق فى المرور أن يسقط بعدم الاستعمال، فهو باق ما دامت حالة الانحباس قائمة، وتجوز المطالبة به فى أى وقت.

٣- مقابل المرور:

حق المرور القانونى يتقرر على الأرض المجاورة للأرض المحبوسة لقاء تعويض عادل (م ٨١٢/ ١ مدنى مصرى) والتعويض العادل هو الذى يعوض المالك عن الضرر الذى يسبب له وجود الممر فى أرضه. ولذلك لا يدخل ضمن عناصر تقدير التعويض مدى النفع الذى يعود إلى الأرض المحبوسة نتيجة اتصالها بالطريق العام، أو ثمن الموضع الذى يمارس فيه المرور إذ هو يبقى رغم ذلك على ملك صاحبه.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٦٨ .

لا يشترط أن يكون دفع التعويض مقدما. فإذا لم يتم الاتفاق على طريقة دفع التعويض كان للمحكمة أن تحدد هذه الطريقة. غير أن مالك الأرض المجاورة التى تقرر المرور فيها أن يمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور إلى أن يوفى بما استحق دفعه من التعويض طبقا للقواعد العامة فى حق الحبس[1].

وإذا لم يتم تقدير التعويض بالتراضى أو بالتقاضى، وسكت صاحب الحق فى التعويض عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة فى القانون المصرى (م ٣٨٤ مدنى) سقط الحق فى المطالبة بتقرير التعويض وتحديد قيمته. ويبدأ سريان هذه المدة من وقت البدء فى ممارسة المرور، لأن هذا هو الوقت الذى ينشأ فيه الحق فى التعويض وتجوز فيه المطالبة. أما إذا تم تقدير التعويض، فإنه بذلك يصبح دينا ثابتا فى ذمة مالك الأرض المحبوسة وتسقط دعوى المطالبة به بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه.

٤- انقضاء الحق فى المرور:

قلنا أن إنحباس العقار هو علة الحق فى المرور القانونى ومناط تقريره. وبناء عليه فإن زوال الانحباس يترتب عليه إنقضاء حق المرور أيا كان السبب الذى أدى إلى الزوال، وأيا كان الوقت الذى تحقق فيه الزوال.

فيزول الانحباس وينقضى الحق فى المرور إذا تم افتتاح طريق عام ملاصق للأرض، أو إذا قام المالك بشراء أرض ملاصقة تتصل بالطريق العام، أو إلى أى سبب آخر.

ويستوى أن يزول الانحباس قبل المطالبة بالممر وتعيينه فى أرض الجار، أو بعد أن تم تعيينه وإستعماله فعلا. فى هذه الحالة الأخيرة يكون لصاحب الأرض المحبوسة أن يسترد من التعويض الذى كان دفعه لمالك الأرض المجاورة قدرا مناسبا للضرر الذى لم يقع، حيث أن هذا التعويض كان مقدرا لقاء عبء كان ينتظر دوامه.

ولن يمنع انقضاء الحق القانونى فى المرور بمجرد زوال الانحباس استمرار مالك الأرض المحبوسة فى ممارسة هذا المرور فى أرض الجار طوال خمس عشرة سنة استمر فيها الانحباس. فلن يفيد ذلك فى اكتساب حق فى

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٥٨ .

المرور بالتقادم. لأن الحيازة اللازمة لاكتساب الحق بالتقادم تتضمن معنى التعدى على ملك الجار بنية تحميله عبئا استثنائيا لفائدة عقار المتعدى، بينما حق المرور فى أرض الجار المقرر وفقا لأحكام المادة ١/٨١٢ مدنى مصرى ليس إلا رخصة لمالك الأرض المحبوسة ويعتبر قيداً عادياً من القيود القانونية للملكية. فلا تتحقق إذن بممارسته حيازة مكسبة لحق ارتفاق بالمرور بعد مضى خمس عشرة سنة، فالحيازة فى هذا الشأن لا تقوم على عمل يأتيه شخص على أنه رخصة من المباحات (م ٩٤٩ مدنى مصرى) [1].

ثالثاً: الانحباس الناشئ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى

بعد أن عرض المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى مصرى لحق المرور القانونى على النحو السابق بيانه، نص فى الفقرة الثانية على ما يأتى:

"على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار، فلا يجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء".

وعلى ضوء ما تقدم يتضح لنا أن نص المادة ٨١٢ مدنى مصرى يواجه فرضين:

الفرض الأول: المادة ١/٨١٢ مدنى مصرى تواجه حالة واقعية، وضع قائم، هى حالة انحباس الأرض عن الطريق العام، على النحو السابق بيانه، لذلك رتب القانون الحق فى المرور لتيسير استعمال الأرض المحبوسة واستغلالها، ومن ثم فإن هذا الحق يخضع فى وجوده ومداه لحاجات هذا الاستعمال أو ذلك الاستغلال. وقد فصلت الأحكام على ضوء علة الحكم والحكمة من تقريره على النحو السابق بيانه.

الفرض الثانى: المادة ٢/٨١٢ مدنى مصرى تواجه حالة مختلفة، يكون فيها العقار متصل أصلاً بالطريق العام، ثم يتجزأ بمقتضى تصرف قانونى، أى

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦ .

بإرادة المالك، كما لو بيع جزء منه واستبقى المالك الجزء الآخر، أو بيع العقار كله أجزاء إلى مشترين مختلفين، أو كان العقار مملوكا على الشيوع ثم يقسم بين الشركاء المشتاعين فيختص كل منهم بجزء. ويترتب على هذه التجزئة أن يصبح أحد هذه الأجزاء أو بعضها محبوسا عن الطريق العام. فإن كان من المستطاع إيجاد ممر كاف لهذا الجزء المحبوس فى الأجزاء الأخرى ليمكنه من الاتصال بالطريق العام، فلا يجوز لملاك الجزء المحبوس أن يطالب بالمرور إلا فى هذه الأجزاء، وبالتالى لا يجوز له أن يطالب بالمرور فى الأراضى المجاورة الأخرى[1].

وعلة هذا الحكم أن الانحباس الطارئ عن الطريق العام كان نتيجة تصرف قانونى أى عمل إرادى من جانب المالك أو الملاك المشتاعين، فلا يجوز أن يحمل الملاك الآخرين قيدا على حقوقهم من جراء هذا العمل الإرادى، وإنما على أطراف التصرف أنفسهم أن يتحملوا ما يترتب على تصرفهم من نتائج. ولذلك فإن هذا الحكم لا ينطبق إذا لم تكن التجزئة التى ترتب عليها الانحباس قد نتجت عن تصرف قانونى أجراه مالك العقار الأصلى، كما لو نزعت ملكية جزء من العقار للمنفعة العامة، أو اكتسب شخص من الغير ملكية جزء منه بالتقادم المكسب، إذ فى هذه الحالات يصبح لمالك الجزء الذى انحبس أن يطالب بحق المرور القانونى طبقا للمادة ٨١٢/ ١ مدنى مصرى فى أى من الأراضى المجاورة ويتعين استعمال هذا الحق فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا حتى ولو لم يكن هذا العقار جزءا من العقار الأصلى الذى حدثت تجزئته[2].

وبناء على ذلك فإن الحكم الوارد فى المادة ٨١٢/ ٢ مدنى مصرى لا يتضمن تعديلا للقواعد الواردة فى المادة ٨١٢/١ مدنى مصرى وإنما ينحصر فقط فى تحديد الأماكن التى يتم فيها المرور كما يفهم ذلك من عبارة النص (م ٨١٢/ ٢ مدنى مصرى) ومذكرته الإيضاحية. فمالك الجزء الذى انحبس

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٣١، الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ١٥٤٧، فإذا لم يكن مستطاعا أو لأنه لم يتيسر الحصول على ممر كاف فى أجزاء العقار الأخرى، فإنه يكون مالك العقار عندئذ الحق فى الحصول على الممر الكافى فى أحد العقارات المجاورة، وفقا لحكم المادة ٨١٢/ ١ مدنى.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٤.

بسبب تجزئة العقار الأصلى، إذ يطالب بالمرور فـى الجـزء الآخر مـن العقـار فقط، لا يستند إلى حق المرور القانونى، فليس له هذا الحق، بل يسـتند إلـى حـق قرره له المشرع يختلف عن حق المرور القانونى، المقـرر فـى الفقـرة الأولـى، من حيث مصدره وماهيته.

- **ففيما يتعلق بمصدر الحق فى المرور** المقـرر فـى المـادة ٢/٨١٢ مدنى مصرى لا خلاف فى الفقه على أنه التصرف القـانونى الـذى ترتـب عليـه تجزئة العقار.

لكن الفقهاء يختلفون فى تحديد الأسـاس القـانونى لـهذا الحق. فمنـهم من يعتبر أساسه الالتزام الواقع على عاتق المالك المتصـرف بضمـان الانتفـاع بالشئ[١] ومنهم من يرى أن الأساس هو التزام مالك العقار بتسليم الشئ وتوابعه أو ملحقاته ومنها حق المرور[٢] ولكن هذه الأسس إن استقام واحد منها فى حالة أو أكثر فهو لا يستقيم فى أحوال أخرى[٣]. ومنهم مـن يذهـب إلـى أن التصـرف الذى أبرمه مـالك العقـار والـذى أدى إلـى تجزئتـه ينطـوى علـى إرادة ضمنيـة بإنشاء إرتفاق بالمرور فى أجزاء العقار المتصلة بالطريق العام لصالح الأجزاء المحبوسة[٤] ويلاحظ على هذا الرأى أن القـول بوجـود إرادة ضمنيـة لا يتحقق فى بعض الحالات إلا على سبيل الافتراض. وتفسير القواعد القانونية بافتراض اتجاه الإرادة اتجاهاً معيناً تفسير معيب من الناحية الفنية[٥].

وذهب البعض، بحق، إلـى أن التصـرف الـذى أدى إلـى تجزئـة العقـار يولد التزامـاً علـى عـاتق صـاحب الجـزء المتصـل بـالطريق العـام بإنشـاء حـق إرتفاق بالمرور لصـالح الجـزء المحبـوس، ولـو لـم يـرد فيـه شـرط صريـح أو ضمنى، لأن هذا من مستلزمات التصرف، وذلـك تطبيقـاً لمـا تقضـى بـه الفقـرة

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٩٣٤، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٢٣٦ وقـارن عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣٤٣ ص ٣٨٧.
ويؤخذ على هذا الرأى أن هذا الإلتزام لا يمكن تصوره فى حالة ما إذا باع المالك جزء من العقار واستبقى لنفسه الجزء المحبوس، وكما فى حالـة مـا إذا بيعت أجزاء العقـار إلى مشترين متعددين، إذ لا يلتزم المشترى بالضمان قبل البائع فى الحالـة الأولـى، ولا يلتزم المشترون قبل بعضهم بالضمان فى الحالة الثانية.

(٢) بيدان وفواران، جـ ٤ فقرة ٥٤٠ ويصدق على هذا الرأى نفس الإنتقادات السابقة.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥ .

(٤) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٨ .

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ هامش ١ ص ١٢٥.

الثانية من المادة ١٤٨ التى تنص على أنه "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه. ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[١]. وهذه هى القاعدة العامة فى تحديد نطاق التصرف القانونى، أى بيان الالتزامات التى تترتب على التصرف[٢]. وبمقتضاها يترتب على التصرف التزام على عاتق مالك الجزء المتصل بالطريق العام بأن ينشئ حق ارتفاق بالمرور فى أرضه لصالح مالك الجزء المحبوس. ومقتضى ذلك ألا تنطبق المادة ٨١٢/ ١ مدنى مصرى، إذ لن يتحقق الانحباس على المعنى المقصود فى هذا النص ما دام هناك التزام بإنشاء حق ارتفاق بمقتضى التصرف ذاته الذى نشأت عنه التجزئة[٣]. ولهذا نص المشرع فى الفقرة الثانية على أنه لا يجوز المطالبة بالحق فى المرور الأرض المجاورة الأخرى[٤]، ولكن هذا مشروط بأن يكون من المستطاع إيجاد ممر كاف فى هذه الأجزاء، وبالتالى يمتنع القول بأن إعطاء المرور من مستلزمات التصرف إذا

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩.

(٢) أنظر مؤلفنا فى مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢١٥ وما بعدها.

(٣) أنظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٧٧ هامش ١ ص ١٥١ ـ ١٥٣ حيث يرى أن هذا الرأى لا يسلم هو الآخر من النقد الذى يوجه إلى الآراء الأخرى. فهو إذا كان يستقيم فى كثير من الحالات؛ إلا أنه لا يستقيم فى حالات أخرى، وعلى الأخص إذا ما نص صراحة في التصرف القانونى الذى ترتبت عليه تجزئة العقار على أنه ليس للجزء المحبوس عن الطريق العام المرور فى الأجزاء الأخرى، إذ كيف ينص التصرف على حرمان صاحب الجزء المحبوس ويمكن مع ذلك إسناد الحق فى المرور إلى هذا التصرف؟ والواقع أنه لا مناص من التسليم بأن الحق فى المرور فى حالة الإنحباس المترتب على تجزئة العقار هو مرور قانونى. ولكن فى الحقيقة لا يمكنا التسليم بهذا التكييف حيث أن المرور القانونى قد فقد أحد شروطه وهو ألا يكون الإنحباس راجعا إلى فعل المالك. وفى الحالة التى نحن بصددها إذا قبل صاحب الجزء المحبوس صراحة حرمانه من المرور فى الأجزاء الأخرى للعقار للإتصال بالطريق العام فإنه يكون بذلك قد تنازل عن حق الإرتفاق الذى كان يمكن يتقرر له بالإتفاق الصريح عليه فى التصرف الذى ترتبت عليه التجزئة أو الذى كان يمكن أن يتقرر له باعتباره من مستلزمات التصرف الذى تمت به التجزئة ولذلك لا يحق له بأى حال [illegible]ستفادة من حق المرور القانونى.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥.

لم يكن من المستطاع إيجاد الممر فى الأجزاء الأخرى، وفى هذه الحالة ينفتح المجال للمرور المقرر فى المادة ٨١٢/ ١ مدنى مصرى[1].

- أما فيما يتعلق بماهية حق المرور المقرر فى المادة ٨١٢/٢ مدنى مصرى فإنه يعتبر **حق ارتفاق بالمعنى الدقيق**[2]، مصدره الإرادة أو التصرف، أما الحق القانونى فى المرور المقرر فى المادة ٨١٢/ ١ مدنى مصرى فهو قيد قانونى، مصدره القانون، يرد على الملكية بوجه عام، ويمثل الوضع العادى للملكية فى ظروف معينة.

- ويترتب على هذا الاختلاف فى المصدر، وما يستتبعه من اختلاف فى التكييف النتائج الآتية:

١- يسقط الحق فى طلب إنشاء الارتفاق، وهو حق شخصى، بالتقادم أى بانقضاء مدة التقادم من وقت الانحباس. وإذا كان الالتزام قد نفذ ونشأ حق الارتفاق بالفعل فإن هذا الحق نفسه يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ولو بقى الانحباس قائم (م ١٠٢٧ مدنى مصرى) وفى هذه الحالة لا يحق لمالك الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور القانونى بعد أن ترك حقه فى الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال على النحو السابق بيانه.

٢- إن حق المرور القانونى، بإعتبار أنه مقرر بحكم القانون على إثر واقعة الانحباس، وبالتالى يمثل قيد على الملكية بوجه عام، يمثل الوضع العادى للملكية فى ظروف معينة، لا يتأثر فى وجوده بتغير ملاك الأرض التى يباشر فيها المرور. أما الالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور فيخضع للقاعدة العامة الخاصة بانتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص. فإذا انتقلت ملكية الجزء المتصل بالطريق العام إلى خلف خاص، كالمشترى مثلاً، فلا ينتقل الالتزام بإنشاء الارتفاق بالمرور إلى هذا الخلف إلا إذا كان عالماً بوجوده وقت انتقال

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥٤٧ السابق الإشارة إليه.

(٢) أنظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٧٧، حيث يرى أن الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدنى مصرى تعطى حق المرور القانونى، فى حالة تجزئة العقار الناشئ عن التصرف القانونى، يأخذ كل أحكام هذا المرور دون المرور الإتفاقي، وأن هذه المادة تقتصر على مجرد التعديل فى أحكام الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى مصرى فيما يتعلق بتحديد الأماكن التى يتم فيها المرور هامش ١ ص ١٥١، ص ١٥٣ وهذا على خلاف ما يذهب إليه الفقه سواء فى فرنسا أو فى مصر (هامش ١ ص ١٥١).

الملكية إليه. ويكفى لتحقق هذا العلم أن يكون الخلف الخاص عالما أن الأرض التى انتقلت إليه كانت جزء من عقار تمت تجزئته بناء على تصرف قانونى بحيث أصبح الجزء الآخر محبوسا[1]. ولكن إذا نفذ الالتزام ونشأ حق الارتفاق فيبقى هذا الحق قائما، بمقتضى ما يخوله بصفته حقا عينيا من تتبع، مهما تغير الملاك للعقار المرتفق به.

٣- لا يلتزم مالك الجزء المحبوس بدفع تعويض مقابل حق المرور إذ الغالب أن يكون هذا الحق قد أخذ فى الإعتبار عند تحديد المتعاقدان لالتزاماتهما المتقابلة فى العقد الذى نتجت عنه التجزئة.

٤- يذهب جمهور الفقهاء إلى أن زوال حالة الانحباس لا يؤدى إلى انقضاء حق مالك الجزء المحبوس فى المطالبة بإنشاء إرتفاق المرور، وكذلك حق الارتفاق الذى تقرر بناء على ذلك. على أساس أنه ما دام الالتزام أو حق الارتفاق مصدره التصرف فيبقى قائما، ولو زالت حالة الانحباس، إلى أن ينقضى وفقا للقواعد العامة فى انقضاء الالتزامات أو حقوق الارتفاق[2].

لكن يذهب بعض الفقهاء، بحق، إلى أنه وإن كان الالتزام بإنشاء الارتفاق قد استخلص من التصرف طبقا للقاعدة العامة فى أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه "ولكنه يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" (م ١٤٨/ ٢ مدنى مصرى). فالعدالة وطبيعة الالتزام تقتضى القول إن الالتزام بإنشاء حق الارتفاق، والارتفاق الذى يتقرر تنفيذا لهذا الالتزام، مشروط بشرط فاسخ وهو زوال حالة الانحباس. فحالة الانحباس وحدها هى التى دعت إلى إعتبار هذا الالتزام جزءا من مضمون التصرف القانونى، فيتحدد هذا الالتزام بقدر الحاجة التى دعت إليه، فيزول بزوال الانحباس[3].

---

(١) إذا لم يكن الخلف الخاص عالما وبالتالى لم ينتقل إليه الإلتزام بإنشاء الإرتفاق، فتكون بصدد حالة إنحباس تؤدى إلى إعطاء مالك الجزء المحبوس حق المرور القانونى أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥ هامش ١ ص ٨٧.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٤ فقرة ٩٣٤، محمد كامل مرسى، جـ ١ فقرة ٣٤٣، محمد على عرفة، جـ ١، فقرة ٣٣٦، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٤٣، حسن كيرة، فقرة ٤٦.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥.

تمهيد وتحديد:

يثير التلاصق فى الجوار مشاكل عديدة بين الجيران. من أجل ذلك تدخل المشرع وفرض العديد من القيود على الملاك المتجاورين. وهذه القيود تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة. فهى إما قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الأملاك المتلاصقة، أو قيود تتعلق بالحائط الفاصل بين عقارين، أو قيود تتعلق بالمسافات التى يجب أن تراعى فيما بينها عند فتح المطلات والمناور.

ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

١- وضع الحدود Le bornage:

وضع الحدود عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات مادية. ومشكلة وضع الحدود تثور بالنسبة للعقارات دون المنقولات. فالمنقول، بحكم أنه يمكن نقله من حيزه دون تلف، يكون منفصلا انفصالا ماديا عن غيره من الأشياء. أما العقارات فاتصال حدود كل منها بحدود غيره قد يؤدى إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منهما.

وعملية وضع الحدود يتطلب القيام بها إشتراك مالكى الأرضين المتجاورتين. وهى فى ذاتها عملية بسيطة إذا لم يكن هناك نزاع على الملكية. لكن وضع الحدود قد يثير نزاعا على الملكية، وذلك حين يدعى أحد الجارين ملكيته لجزء من الأرض على الحدود الفاصلة بين الملكين فينكر الجار الآخر عليه هذا الإدعاء، إذ يصبح الأمر متعلقا بالاستحقاق لا بوضع الحدود.

وحتى يتعرف كل مالك على حدود ملكه فى وضوح نصت المادة ٨١٣ مدنى مصرى على أن "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقة التحديد شركة بينهما".

ووضع الحدود يختلف عن التحويط Cloture حيث "ليس الجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه" (م ٨١٨/ ٢ مدنى مصرى).

ويثبت الحق فى وضع الحدود بقوة القانون بناء على حالة واضعية تلاصق الملكين المتجاورين، فيبقى هذا الحق قائما ما بقى التلاصق فلا يسقط بالتقادم. والتلاصق المقصود فى هذه الحالة هو التلاصق بين الملكيات الخاصة. ولا يتحقق التلاصق إذا فصل بين الملكين طريق عام أو مجرى عام، أما إذا فصل بينهما طريق خاص أو مجرى خاص فيكون التلاصق متحققا، وبالتالى تثار مسألة وضع الحدود.

وتبدأ عملية وضع الحدود بتطبيق مستندات الجارين على الطبيعة لمعرفة الحد الفاصل بين ملكيهما، ثم تأتى عملية وضع العلامات المادية المميزة لهذا الحد. فإذا تم ذلك بإتفاق الطرفين يحرر به محضر يوقع عليه كل منهما، أما إذا لم يتم اتفاق فلكل منهما أن يرفع دعوى تعيين الحدود، التى يختص بها القاضى الجزئى (م ٤٣/ ٢ مرافعات مصرى).

ونفقات التحديد تكون مشتركة بين الملاك؛ وتحتسب على أساس رؤوسهم، ولو اختلفت مساحة أرض كل منهم. وإذا اقتضى التحديد مسح العقارات ذاتها، فإن ذلك يكون على نفقة أصحابها، كل بنسبة المساحة التى يملكها.

٢- الحائط الفاصل:

إذا تلاصق ملكان فإن الحائط الفاصل بينهما إما أن يكون مملوكا للجارين معا، وإما أن يكون مملوكا ملكية خالصة لأحدهما.

وقد نظم القانون المدنى المصرى الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل فى المواد ٨١٤ ـ ٨١٨ مدنى. وهذه الأحكام مستمدة من القانون المدنى السابق ومن الشريعة الإسلامية والتقنين الفرنسى ومشروع التقنين الإيطالى.

ونعرض فيما يلى لأحكام الحائط المشترك، ثم نعرض بعد ذلك للحائط المملوك لأحد الجارين فقط.

أ- الحائط المشترك mur mitoyen:

ويعتبر اشتراك الجارين فى ملكية الحائط الفاصل صورة خاصة للملكية الشائعة، إذ هو من قبيل الشيوع الإجبارى. وكان المنطق يقضى بدراسته ضمن موضوعات الملكية الشائعة، ولكن آثرنا أن نعالجه فى هذا المقام سيرا على نهج المشرع المصرى.

ولدراسة أحكام الحائط المشترك يجب أن نعرض، لإثبات الاشتراك فى الحائط الفاصل، ثم لحقوق الشركاء فى الحائط المشترك، وأخيرا نتعرف على أحكام إصلاحاته وتعليته.

١- إثبات الاشتراك فى الحائط الفاصل: قرينة قانونية فى القانون المصرى

الأصل أن من يدعى الاشتراك فى ملكية حائط يفصل بين ملكه وملك جاره أن يقيم الدليل على ما يدعيه. ولكن المشرع المصرى قد خرج على هذه القواعد العامة، فأقام قرينة بمقتضاها أن "الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك" (م ٨١٧ مدنى مصرى).

ويشترط لقيام هذه القرينة شرطان: الأول: أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين. فلا يكفى أن يكون فاصلا بين أرضين، أو بين أرض وبناء. والثانى: أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه. فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط، فلا تقوم القرينة[١]. إذ يعتبر الحائط فى هذه الحالة فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خاصة لصاحب البناء الأول ..

فالجار الذى يدعى أنه شريك فى ملكية الحائط الفاصل عليه أن يقيم الدليل على توافر هذين الشرطين. فإذا نجح فى هذا الإثبات انطبق حكم القرينة، فيعتبر الحائط مشتركا بينه وبين جاره حتى مفرق البنائين، أى حتى قمة البناء الأقل ارتفاعا. أما الجزء الذى يعلو المفرق فيعتبر مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى. ويشمل حكم القرينة الحائط والأرض التى يقوم عليها.

ويستطيع الجار الآخر أن ينقض القرينة بالدليل العكسى. كأن يثبت أنه يملك الحائط كله، أو يثبت أنه استقل باستعمال الحائط والانفاق على إصلاحه مدة خمس عشرة سنة فتملكه بالتقادم أو يستدل بعلامات ظاهرة تفيد أن الحائط قد أعد لاستعمال أحد الجارين فحسب. وفى الحالات التى لا تقوم فيها القرينة يجرى الإثبات طبقا للقواعد العامة[٢].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للنص المذكور - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٦ ص ٦٩.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٢ .

٢- حقوق الشركاء فى الحائط المشترك:

تنص المادة ٨١٤/ ١ مدنى مصرى على أن "المالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له، وأن يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته".

وعلى ذلك فإن للشركاء أن يستعملوا الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أعد له. فاستعمال كل شريك للحائط المشترك يجب ألا يتعارض مع الغرض الذى أعد له الحائط، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر له، وألا يكون من شأنه أن يحمل الحائط فوق طاقته.

وعلى ضوء ذلك لكل شريك أن يضع فوق الحائط عوارض ليسند عليها سقف بنائه، وله أن يسند إلى ظهر الحائط أبنية خفيفة أو أمتعة. وله أن يحدث حفرا فى الحائط كى يهيئ فيه مكانا لدولاب أو مدفأة أو أنبوبة مياه أو نحو ذلك. لكن ليس له أن يفتح فى الحائط مطلات أو مناور، لأن هذا يتعارض مع الغرض الذى أعد له الحائط، وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما(١).

فإذا جاوز الشريك القدر الواجب مراعاته فى استعمال الحائط المشترك كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله، وللقاضى سلطة تقديرية بحسب ظروف كل حالة.

٣- إصلاح الحائط وتجديده:

تنص المادة ٨١٤/ ٢ مدنى مصرى على أنه "إذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه". فإذا كان هناك خطأ من جانب أحد الجارين ترتب عليه قيام الحاجة إلى الإصلاح أو الترميم كان هو وحده الذى يتحمل نفقة هذا الإصلاح أو الترميم. أما إذا كانت الحاجة إلى الإصلاح أو الترميم لا ترجع إلى خطأ أى منهما ومع ذلك أصبح الحائط غير صالح للغرض الذى خصص له عادة، كانت نفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء بنسبة حصته. ويجوز لأى

---

(١) محمد على عرفة، جـ ١، فقرة ٢٤٣، عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ١٠٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٣.

منهم أن يجبر الآخرين على المساهمة فى هذه النفقات، ما دامت أنها ضرورية لاستعمال الحائط وفقاً للغرض الذى خصص له.

٤- تعلية الحائط المشترك:

ـ قد يقتضى الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الجارين، فى هذه الحالة يشتركان معاً فى نفقات هذه التعلية كل بنسبة حصته ويظل الحائط مشتركاً بينهما فى جميع أجزائه.

* إذا كان الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية وكانت للمالك مصلحة جدية فى تعليه فله أن يعليه، حتى ولو دون موافقة شريكه الآخر بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً. كما أن عليه أن ينفق وحده على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته (م ٨١٥/ ١ مدنى مصرى).

* إذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فإن الشريك الذى يرغب فيها أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بشرط أن يكون له مصلحة جدية فى ذلك، وألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً. فإذا اقتضى الأمر زيادة فى سمك الحائط فإن ما زاد فى سمكه يقع فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة. على أن يتم كل ذلك على نفقة الشريك الذى له مصلحة فى ذلك. فإذا اقتضى الأمر أن تكون الزيادة فى السمك من ناحية الشريك الآخر كان على من قام بالتعلية أن يدفع تعويضاً لشريكه عن ذلك.

ـ على أن الحائط المجدد يظل مشتركاً فى غير الجزء المعلى، دون أن يدفع الجار لهذا الشريك الذى قام بالتعلية تعويضاً عن الفرق فى القيمة بين الحائط القديم والحائط الجديد. وذلك لأن مصلحة الشريك وحده هى التى دعته إلى تجديد الحائط (م ٨١٥/ ٢ مدنى مصرى).

– **الحق فى الاشتراك فى الجزء المعلى:** إذا انفرد أحد الشريكين بتعلية الحائط المشترك فى الفروض السابقة، أصبح الجزء المعلى ملكاً خاصاً له، وذلك سواء تمت التعلية دون تجديد الحائط أو بعد تجديده.

فإذا ما أصبح للشريك الآخر حاجة إلى الإفادة من الجزء المعلى فقد أعطاه القانون حق الاشتراك فيه جبراً على مالكه مقابل دفعة نصف نفقات

التعلية ونصف قيمة الأرض التى تقوم عليها الزيادة فى السمك إن كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعلية.

وعلى ذلك نصت المادة ٨١٦ مدنى بقولها إن "للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة". وحق الاشتراك فى الجزء المعلى لا يسقط بالتقادم، فيجوز المطالبة به فى أى وقت.

ب- الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين:

تنص المادة ٨١٨/ ١ مدنى مصرى على أنه "ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦"[1].

وعلى ذلك فإن الجار لا يملك أن يجبر جاره على تحويط ملكه، وإن كان يستطيع أن يجبره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة على النحو السابق بيانه.

وكذلك ليس للجار أن يجبر صاحب الحائط على الاشتراك فيه، حتى ولو بدفع تعويض مقابل اشتراكه. فمالك الحائط الفاصل المملوك له ملكية خالصة مطلق الحرية فى قبول اشتراك الجار الآخر معه فى الحائط أو عدم قبوله.

والأصل أن للجار الذى يملك الحائط الفاصل ملكية خالصة أن يباشر وحده عليه كل سلطات المالك، وبالتالى له أن يتصرف فيه تصرفا ماديا أو تصرفا قانونيا. غير أن المشرع المصرى أورد قيدا على حق هذا الجار فى أى تصرف فى الحائط بالهدم. فنصت المادة ٨١٨/ ٢ مدنى مصرى على أنه "ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط" ويعتبر هذا الحكم تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق.

٢- المطلات والمناور:

القاعدة أن للمالك أن يبنى على كامل أرضه وأن يقيم حائط منزله على الحد الفاصل بين ملكه وملك جاره. غير أنه إذا أراد أن يحدث فتحات فى هذا

---

(١) هذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية أنظر م ٦٩ من مرشد الجيران.

الحائط للإطلال أو التهوية أو الإضاءة فإنه يتقيد بالقواعد التى فرضها القانون فى هذا الخصوص. والحكمة من تقرير هذه القيود فى هذا الخصوص تجنب الكثير من المضايقات التى يمكن أن تنشأ بسبب وجود مطل على ملك الجار.

وتجب التفرقة بين المطلات والمناور لاختلاف أحكام كل منها.

أ- المطلات: هى فتحات يحدثها المالك فى ملكه للنظر منها إلى الخارج أو للتهوية والإضاءة، كالنوافذ والمشربات والخارجات.

أنواعها: المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة.

المطلات المواجهة: هى التى تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة[1] وهذا يفترض أن عقار الجار كله أو بعضه يقع فى مواجهة الفتحات فالخارجات (البلكونات) عن البناء تعتبر مطلات مواجهة للعقارات المقابلة من أية ناحية من النواحى الثلاث.

وقد قيد القانون فتح المطلات المواجهة. فلا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر فى القانون المصرى (م ٨١٩/ ١) وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى يوجد فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة.

وهذه المسافة ينبغى أن تراعى مهما كانت طبيعة المطل، سواء كان نافذة أم مشربة أو خارجه، ومهما كان العقار المجاور، سواء كان بناء[2] أم أرضاً. ويستوى أن يكون مسكوناً أو غير مسكون. وعلى ذلك إقامة مطل مواجه للجار على مسافة تقل عن متر يوجب الإزالة ولو لم يتوافر الضرر[3].

لكن لا يسرى هذا القيد إذا كان المطل مفتوحاً على الطريق العام (م ٨٢٠ مدنى مصرى).

- المطلات المنحرفة: وهى التى لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالإلتفات إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالإنحناء إلى الخارج. إذ يفتح فى حائط

---

(١) نقض ١٩٨٩/١٠/٢٥ س ٤٠ ص ٨٤١ حيث قضت بأن "أحكام القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ ولائحته التنفيذية فى شأن تنظيم وتوجيه أعمال البناء قد نظمت قيد المسافة بالنسبة للأفنية الخارجية دون أن تتعرض لقيد المسافة بالنسبة للمطلات المواجهة للجار والتى ما زالت تخضع لحكم المادة ٨١٩ من القانون المدنى".

(٢) نقض ١٩٨١/١/١٥ الطعن رقم ٦٩٩ لسنة ٤٧ ق مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٢٠٧.

(٣) نقض ١٩٨٦/٤/٦ س ٣٧ ص ٤٠٠.

يكون زاوية مع الحد الفاصل بين العقارين، بحيث يتعين على من ينظر منه إلى ملك الجار أن يلتفت أو ينحنى.

وتعتبر الخارجة مطلاً منحرفاً بالنسبة لعقار الجار الذى يقع على خط واحد مع العقار الذى توجد فيه الخارجة.

وقد قيد القانون من فتح المطلات المنحرفة أيضاً وإن كانت المسافة أقل. فلا يجوز أن يكون للجار مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل. (م ٨٢٠ مدنى مصرى).

على أنه إذا كان المطل المنحرف مواجهاً فى الوقت ذاته للطريق العام فلا يسرى هذا القيد[1].

"ويراعى أن قيد المسافة يتقرر بالنسبة لكل مالك على حده. فإذا كان لا يجوز للمالك أن يفتح مطلاً مواجهاً على مسافة تقل عن متر فى القانون المصرى، فإن حق الجار يتقيد بهذا القيد كذلك، إذ ليس له أن يفتح مطلاً إلا على المسافة نفسها من حد جاره، وبهذا يتصور إذا كان لكل من الجارين مطلات مواجهة، أن تكون المسافة بين حدى المبانى مترين فى القانون المصرى، وذلك متى كانت المطلات من العقارين نوافذ، وقد تتسع المسافة بين حائطى الجارين أكثر من هذا إذا كانت المطلات بلكونات مثلاً حيث تقاس المسافة السابقة من حافة البلكون الخارجية"[2].

- المطلات المفتوحة دون مراعاة المسافة القانونية:

إذا قام مالك بفتح مطلات فى ملكه دون مراعاة للمسافة القانونية المقررة فإن للجار أن يطلب سده ولو لم يصبه ضرر.

ولكن ترك الجار المطل مفتوحاً على ملكه دون مراعاة المسافة القانونية المقررة ودون إعتراض على فتحه لمدة خمس عشرة سنة يكسب صاحبه حق إرتفاق بالمطل، وذلك شريطة أن يتضمن فتح هذا المطل معنى التعدى على ملك الجار بتحميله عبئاً استثنائياً بالمطل عليه دون تقيد بالمسافة

---

(١) نقض ١٩٨٨/١/١٣، الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ٥١ ق.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٨٢ ص ١٦٨.

القانونية. وهو ما يفترض أن ليس في فتحها أو تركها أية مظنة للعفو أو التسامح من جانب الجار[1].

وإكتساب حق إرتفاق بالمطل لا يقتصر أثره على مجرد تمكين المالك فاتح المطل من التحلل من قيود المسافة القانونية فحسب، وإنما يشمل أيضا إلزام الجار بأن يراعى المسافة القانونية بين المطل والبناء الذى يقيمه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه هذا المطل (م ٨١٩/ ٢ مدنى مصرى). فإذا كان هذا المطل المواجه المكتسب بالإرتفاق مفتوحا على حدود الملك دون ترك أى مسافة، وأراد الجار البناء بعد ذلك، فيجب عليه أن يرتد ببنائه مترا فى القانون المصرى من الحدود الفاصلة بين العقارين إذا كانت واجهة البناء المقابلة للمطل المكتسب بالتقادم صماء لا مطلات فيها، وأن يرتد مترين فى القانون المصرى إذا أراد فتح مطلات مواجهة فى هذه الواجهة[2].

وإذا هدم البناء الذى فتح فيه هذا المطل فإن الإرتفاق لا يزول، فيجوز لصاحبه أن يعيد فتح المطل عند إعادة البناء[3] وذلك ما لم تكن قد مضت مدة التقادم على هدم البناء دون أن يعاد فتح المطل، إذ يسقط حق الإرتفاق حينئذ بعدم الإستعمال (م ١٠٢٧ مدنى مصرى)[4].

ب- إباحة فتح المناور:

تنص المادة ٨٢١ مدنى مصرى على أنه "لا يشترط أية مسافة لفتح المناور، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور".

---

(١) نقض ١٩٨١/١٢/٣١ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٥١ ق مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٢٥٠١، نقض ١٩٩٤/٤/١٧ س ٤٥ ص ٧٢٤.

(٢) نقض ١٩٨٠/١٢/٤ الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٩ ق. مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٢٠٠٠.

(٣) نقض ١٩٧٢/٤/٨ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٧ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٦٧٦ حيث قضت المحكمة بأن "من المقرر أنه إذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه فإن حق الإرتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد (م ١٠٢٨ مدنى) وأن تتقيد بمضمون الإرتفاق الأصلى. وإذا كان الثابت أن الإرتفاق الأصلى بالمطل لا يجاوز الدور الأرضى من العقار القديم، فإن الحكم المطعون فيه بتقرير، حق المطل لكافة الطوابق التى تعلو الدور الأرضى من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون".

(٤) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٩١.

ويتضح من هذا أن المناور هى الفتحات التى لا يقصد بـها إلا مـرور الـهواء ونفاذ النور، بحيث تكـون علـى إرتفـاع لا يستطاع معـه الإطـلال منـها على ملك الجار.

وقد حدد القانون المصرى هذا الإرتفاع تحديدا عامـا، بـأن تعلـو قـاعدة المنور عن قامة الإنسان المعتادة[1].

ولم يفرض المشرع فى شأن المناور أية مسـافة. لذلـك يبـاح للمـالك أن يفتحها فى حـائط علـى حـدود ملكـه، باعتبـار ذلـك ممارسـة لحقـه فـى الملكيـة، وبالتالى لا يحق للجار أن يطلب سد هذه المناور، وإنما يكون لـه أن يبنـى علـى حدود ملكه ولو أدى ذلك إلى سدها. والمناور لا تكتسب بالتقادم لأن فتحها يعتبر استعمالا لرخصه، فهو لا يتضمن أى تعد على ملك الجـار، ولا يصـح أن تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص باعتباره مجرد رخصة من المباحات.

وحق المـالك فـى أن يفتـح منـاور دون التقيد بمسـافة مفـروض فيـه ألا يستعمل المالك هذه المناور فى غير مـا أعدت لـه، فـإذا أسـاء اسـتعمالها، كـان للجار أن يطلب سدها[2].

(١) نقض ١٩٨١/٤/٢٣ الطعن رقم ١٩٩٣ سنة ٥ ق س ٣٢ ص ١٢٢٨. حيث قضت المحكمة بأن نص المادة ٨٢١ مدنى لم يشترط أية مسافة لفتح المناور وهى التـى تعلـو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين يدل علـى أن المشرع قد ترك المحكمة الموضوع تقديـر الإرتفاع المطلوب وفقا لـهذا المعيـار، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القامة المعتادة هى ١٨٠ سم فإنـه لا يكـن قد أخطـ ـى تطبيق القانون"، ١٩٧٤/١/٣١، س ٢٥، ص ٢٧١.

(٢) نقض ١٩٨٨/١/٢٧، الطعن رقم ١٦٩٣ لسنة ٥٤ ق .

الفصل الثانى

الملكية الشائعة

تمهيد وتحديد:

الشيوع L'indivision، حالة قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق العينى الأصلى(1). فالشيوع متصور بالنسبة لكل الحقوق العينية الأصلية. وإذا كان المشرع قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك يرجع إلى أنها الصورة الغالبة للشيوع. ومثال الشيوع فى حق الإنتفاع أن يوصى شخص بحق الإنتفاع لعدة أشخاص، فيكون بذلك مالاً شائعاً بين الموصى لهم جميعاً. أما الحق الشخصى فإن تعدد أصحابه إما يؤدى إلى إنقسامه، وهذا هو الأصل، وإما يكون الإلتزام غير قابل للانقسام أو موصوفاً بتضامن إيجابى.

والملكية الشائعة هى التى تكون لأكثر من شخص على مال معين بالذات. فمحل حق الشريك هو حصة فى المال الشائع كله غير منقسم. لذلك فإن حق الملكية على المال الشائع هو الذى ينقسم إلى حصص دون أن ينقسم المال ذاته. فالحصة التى يملكها الشريك فى الشيوع شائعة فى كل المال لا تتركز فى جانب منه بالذات. والشئ المملوك فى الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية)(2).

وقد نصت المادة ٨٢٥ مدنى مصرى على أنه "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع".

والشيوع فى الملكية واسع الإنتشار فى البلاد العربية، بسبب قواعد الميراث التى يترتب عليها أن يصبح مال المتوفى مملوكاً لورثته على الشيوع فيما بينهم. وغالباً ما يبقى هذا الوضع لمدة طويلة مما يترتب عليه تزايد عدد الملاك المشتاعين بحلول ورثة متعددين محل من يموت منهم، فيتزايد عدد

---

(1) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٣٧، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ١٥٤.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٧٨ ـ ٧٩. السنهورى، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٨٥ ص ٧٩٩.

الحصص الشائعة ويقل مقدار كل منها[1] لكن ليس معنى ذلك أن الميراث هو المصدر الوحيد للشيوع وإنما مصادر الملكية الشائعة هى نفس أسباب كسب الملكية التى سوف نعرض لها فى القسم الثانى.

والملكية الشائعة ليست إلا وضعاً استثنائياً مصيره إلى ملكية مفرزة، وهى الصورة العادية للملكية. وتعتبر حالة الشيوع، من الناحية الاقتصادية، وضعاً غير مرغوب فيه، حيث أن تعدد ملاك الشئ الواحد من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشئ أكثر تعقيداً، مما لو انفرد بملكيته شخص واحد، وذلك بسبب اختلاف وجهات نظر الملاك فى كيفية الاستغلال مما يؤدى إلى صعوبات قد تصل إلى حد تعطيل الاستغلال ولو مؤقتاً[2]. ولهذا أعطى المشرع كل شريك الحق فى طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع، بل إنه منع اتفاق الشركاء على عدم جواز طلب القسم إذا تجاوزت المدة المتفق عليها خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى مصرى).

ومن أجل ذلك عنى المشرع المصرى بتنظيم الملكية الشائعة تنظيماً أعتد فيه بإرادة الأغلبية. ونظم صورتين خاصتين للملكية الشائعة، وهما الشيوع الإجبارى وملكية الأسرة. كما نظم ملكيات الطبقات، وهى تجمع بين الملكية المفرزة والشيوع الإجبارى (م ٨٢٥ ـ ٨٦٩ مدنى).

خطة الدراسة:

وسنعرض هنا فى الفرع الأول للقواعد العامة فى الشيوع ثم فى الفرع الثانى للصور الخاصة للملكية الشائعة.

الفرع الأول

القواعد العامة فى الشيوع

تمهيد:

وتنصب الدراسة فى هذا الفرع على أحكام الشيوع، ابتداء من تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع مروراً بسلطات الملاك المشتاعين، سواء من حيث الإنتفاع بالشئ أو التصرف فيه، وإنتهاء بإنقضاء الشيوع.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٣٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١٢٢، حسن كيرة، فقرة ٧١ ص ١٥٦ .

ولذلك سنعرض فى مبحث أول، لأحكام الشيوع، ثم بعد ذلك نعرض لإنقضاء الشيوع.

المبحث الأول

أحكام الشيوع

وتنقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى محورين أساسيين، المحور الأول يتمركز حول تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع، ثم يدور المحور الثانى حول سلطات الملاك المشتاعين، سواء من حيث الإنتفاع بالشئ الشائع أو التصرف فيه.

المطلب الأول

طبيعة حق الشريك المشتاع

سنجد أن حق المشتاع حق ملكية، ولكنه مقيد بحقوق الشركاء الآخرين. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٢٦/ ١ مدنى مصرى بقولها "كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

أولاً: حق الشريك المشتاع حق ملكية

الرأى السائد فى الفقه التقليدى والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية[1]، كل ما فى الأمر أن ملكية الشئ الشائع تتعدد فيها الملاك أما الشئ محل هذه الملكية فلا يتجزأ. ومقتضى ذلك أن حق كل شريك يرد على الشئ الشائع كله، وإن كان محدداً بقدر حصته.

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٢ فقرة ٥٩، شفيق شحاته، فقرة ١٣٢، ١٣٥، محمد على عرفة، جـ ١، فقرة ٢٨٦، ص ٣٧٨، ٣٧٩، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٠٧، ١١٠، إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ ص ١٩٨، حسن كيرة، فقرة ٧٣ ص ١٥٨، ١٥٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١١١، ص ١٦١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٥٤ ص ١٢٩ وهو يفضل القول بأن حق الشريك فى الشيوع حق ملكية من نوع خاص الملكية الشائعة. السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٨٠ ص ٧٩٨ هامش ١. وقد استبعدنا النظريات التى ترى فى الشيوع ملكية ثابتة لمجموع المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها، وكذلك التكييف الذى يرى أن حق كل شريك مشتاع يعتبر حقاً شخصياً قبل مجموع المشتاعين حيث أن كل هذه النظريات تتعارض مع أحكام القانون المصرى.

وقد استهدف هذا التكييف لنقد بعض الفقهاء على أساس أن حق الشريك المشتاع يختلف عن حق المالك ملكية مفرزة. ولا شك فى حقيقة هذا الاختلاف، فسلطات كل مشتاع تحد منها سلطات المشتاعين الآخرين.

وكذلك فإن حق الشريك المشتاع لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية، وهى خاصية الاستئثار حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشئ ما دام للمشتاعين الآخرين حقوق ترد مثل حقه على الشئ الشائع كله. ولذلك يفضل هؤلاء الفقهاء تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق عينى من نوع خاص[1] Sui generis.

هذا الرأى يثير عدة تساؤلات، إذا كان حق الشريك المشتاع حق عينى من نوع خاص، فمن هو مالك الشئ الشائع؟ ولا يجوز القول بأن ملكية الشئ الشائع تثبت لمجموع المشتاعين؛ إذ ليس لهذا المجموع شخصية اعتبارية. كما أنه يبقى هناك تساؤل قائم ما هو مضمون هذا الحق العينى؟ فإذا قيل أن للشريك المشتاع بمقتضى هذا الحق سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف فإنه يكون حينئذ حق ملكية، وهو ما يتنافى مع وصفه بأنه حق عينى من نوع خاص. وإذا قيل أنه يعد إقتطاعا من سلطات الملكية فإننا نعود مرة أخرى لنتساؤل من هو إذن مالك الشئ الشائع ولما كان من غير المعقول أن يقال إن الشئ الشائع[2] يكون بغير مالك، لذلك ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن الشيوع بذاته يتضمن صورة من صور التملك Appropriation كالملكية المفرزة، فلا يعتبر الشئ الشائع بغير مالك ولو أنه ليس مملوكا لكل من الشركاء ولا لمجموع الشركاء[3] وهذه النتيجة تكشف عن عجز هذا الرأى عن الخروج من هذا المأزق. كما أنها لا تستقيم مع أحكام القانون المصرى.

---

(١) أيوناسكو Ionasco الملكية الشائعة، رسالة باريس، ١٩٣٠، فقرة ١١٦ ـ ١١٩ كابيتان، دروس للدكتوراه، باريس ١٩٢٧ ـ ١٩٢٨ ص ١٦ مشار إليه فى الرسالة فقرة ١٢٨.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٧٣ ص ١٥٨، ١٥٩.

(٣) أيوناسكو، المرجع السابق.

ولا يطعن فى إعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية الاستناد إلى فكرة الاستئثار التى تعتبر خاصية أساسية لحق الملكية. فإذا كانت الملكية حق جامع لكل السلطات ومانع لغير المالك من الاستئثار بها، فإن منع الاستئثار هنا موجه إلى الغير. وما دام المشتاعون جميعاً ملاكاً فإن الاستئثار الذى تتميز به ملكية كل منهم لا يكون موجه لهم، وبالتالى لا يقتضى منع المشتاعين الآخرين، فكلهم ملاك، فلا يصدق على أى منهم وصف الغير، غير المالك[1].

ثانياً: حق الشريك المشتاع مقيد بحقوق الآخرين

إذا كان حق كل شريك مشتاع هو حق ملكية على الشئ الشائع كله، فإن مقتضى ذلك أن لكل شريك مشتاع كافة سلطات المالك، فله الاستعمال والاستغلال والتصرف. معنى ذلك أن الشركاء المشتاعين يتمتعون فى نفس الوقت وعلى نفس المحل بهذه السلطات. لكن لا يمكن أن يمارس كل شريك هذه السلطات منفرداً لما فى ذلك من مساس بحقوق المشتاعين الآخرين ولذلك كان من المنطقى أن يتقيد استعمال كل منهم فى سلطاته بما للآخرين من سلطات مماثلة[2].

وتختلف الملكية الشائعة التى تثبت لكل من المشتاعين عن الملكية المفرزة. فإذا كان لكل منهما حق ملكية يعطى نفس السلطات، إلا أن النطاق المادى لحق كل مشتاع - وهو يرد على الشئ كله - غير مطابق لنطاقه المعنوى أو الحسابى، أى الحصة الشائعة، حيث يتعاصر معها فى الوجود على الشئ ذاته. وفى نفس الوقت حصص المشتاعين الآخرين، أى حقوقهم[3] مقتضى كل ذلك أن كل شريك فى ممارسته لحقه مقيد بحقوق الشركاء الآخرين. وهذا ما أكدته المادة ٨٢٦/ ١ مدنى مصرى بنصها على أن "كل شريك من الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

وعلى ذلك فإن ممارسة سلطات الملكية على الشئ الشائع يقتضى، كأصل عام، إجماع الشركاء المشتاعين حيث أن حقوقهم متساوية فى جوهرها على هذا الشئ. ولما كان تطلب الإجماع قد يؤدى إلى مضار إقتصادية، حيث

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١٩٨.
(٢) حسن كيرة، فقرة ٧٤ ص ١٦٠.
(٣) إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ ص ١٩٩.

يتعذر عادة الوصول إلى إتفاق جماعى، لذلك إتجهت القوانين الحديثة إلى الاكتفاء بتوافر أغلبية معينة فى بعض الأحوال. وفى غير ذلك، يبقى الأصل وهو أن إنفراد أحد الشركاء المشتاعين بممارسة سلطات الملكية على الشئ الشائع يتقيد بإحترام حقوق باقى المشتاعين على نفس الشئ، فلا ينبغى أن يكون من شأنه الإضرار بهم[1].

المطلب الثانى
سلطات الملاك المشتاعين

تمهيد:

رأينا أن حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على الشئ الشائع كله. وهذا الحق يخول له مباشرة كافة سلطات المالك من إستعمال واستغلال تصرف. لكن مباشرة هذا الحق يتقيد بحقوق الشركاء الآخرين والآن نود أن نقف على مدى حق الشريك المشتاع فى الانتفاع بالشئ الشائع، ومدى حقه فى التصرف فى هذا الشئ ومن خلال ذلك نتعرف على حقوق باقى الشركاء.

أولا: الانتفاع بالشئ الشائع

- اتفاق الشركاء على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع وإدارته:

من البديهى أن يكون للشركاء باتفاقهم جميعا حق تنظيم الانتفاع بالشئ وإدارته. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٢٧ مدنى مصرى بقولها "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء جميعا ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك".

وعلى ذلك إذا اتفق جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشئ وإدارته فإن كل عمل يتم بمقتضى هذا التنظيم يكون صحيحا ونافذا فى حق الجميع، سواء قبل القسمة أو بعدها وأيا كانت النتيجة التى تترتب على القسمة، فإذا وقع الشئ الذى تم تأجيره بموافقة الجميع فى نصيب واحد منهم فقط فيبقى الإيجار نافذا فى مواجهته. وقد يكون من مقتضى هذا التنظيم تعيين مدير يقوم بهذه الأعمال. ففى هذه الحالة أيضا يكون كل عمل يقوم به المدير فى حدود السلطة المخولة له صحيحا نافذا فى حق الجميع. وليس للشركاء استرداد المال الشائع ما دام الاتفاق على الإدارة قائما[2].

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٧٤ ص ١٦٠.
(٢) نقض ١٩٩٤/٦/٩ س ٤٥ ص ٨٢٣.

وقد يتم الاتفاق بين جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع. فيسرى هذا الاتفاق عليهم وعلى خلفائهم سواء أكان الخلف عاماً أو خاصاً. وأهم صور هذا الاتفاق هى قسمة المهايأة[1].

قسمة المهايأة:

قسم المهايأة قسمة مؤقتة، فهى لا تنهى الشيوع ولا ترد على الملكية، وإنما تهدف فقط إلى تقسيم منافع العين الشائعة بين الشركاء أثناء قيام الشيوع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته[2].

وهذه القسمة قد تكون قسمة مهايأة مكانية، وقد تكون قسمة مهايأة زمانية.

وتتحقق قسمة المهايأة المكانية عندما يتفق جميع الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، لينتفع به خلال مدة معينة. ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين[3]. وإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدة قسمة المهايأة المكانية سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد (م ٨٤٦/ ١ مدنى مصرى).

وتتحقق قسمة المهايأة الزمانية عندما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته (م ٨٤٧ مدنى مصرى).

ولما كان الغرض من قسمة المهايأة هو تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع أثناء قيام الشيوع، لا إنهاء هذا الشيوع، لذلك فهى لا تخضع لأحكام القسمة النهائية وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار، "من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة" (م ٨٤٨ مدنى مصرى). وذلك على اعتبار أن كل شريك مؤجر للشريك الآخر، ومستأجر منه.

---

(١) يجب مراعاة أنه فى حالة خاصة تكون قسمة المهايأة بحكم القاضى طبقاً لنص المادة ٨٤٩ مدنى مصرى.
(٢) ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ص ٨٢٣.
(٣) ١٩٨٩/٣/٢٣ السابق الإشارة إليه.

وعلى ذلك فإن كل شريك فى انتفاعه بالجزء الذى اختص به فى القسمة المكانية أو بكل الشئ فى القسمة الزمانية يعتبر فى مركز المستأجر وغيره فى مركز المؤجر.

ويحتج بهذه القسمة، ما دامت ثابتة التاريخ، على من يتلقى من أحد الشركاء حصته الشائعة فى تاريخ لاحق ولو لم يكن عالماً بالقسمة. كما يجوز لمن انتقلت إليه الحصة الشائعة أن يتمسك بقسمة المهايأة ولو كانت غير نافذة فى حقه لعدم ثبوت تاريخها (م ٦٠٤/ ٢ مدنى).

أما فيما يتعلق بأهلية المتقاسمين فهى أهلية التأجير والاستئجار[1]. فإذا كان بين المتقاسمين قاصر مأذون له بالإدارة، فإن قسمة المهايأة فى الأراضى الزراعية والمبانى لا تجوز لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى (م ٥٦ من قانون الولاية على المال). كما تنطبق النصوص الخاصة بسلطات الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب فى قانون الولاية على المال على قسمة المهايأة التى تتم نيابة عن الشريك الغائب أو الخاضع للولاية أو الوصاية أو القوامة (م ١٠، م ٣٩ من قانون الولاية على المال) وتنطبق المادة ٥٥٩، وهى خاصة بمن يتولى إدارة مال غيره، فلا يجوز "لمن يملك حق الإدارة". أن يعقد قسمة مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة أو من الأصيل[2].

وفيما يتعلق بحقوق والتزامات المتقاسمين يسرى أحكام عقد الإيجار إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة، فيلتزم الشركاء جميعاً بالترميمات الضرورية، بحيث يسهم الشريك الذى اختص بمنفعة جزء معين فى النفقات التى تقتضيها هذه الترميمات فى ذلك الجزء. أما الترميمات التأجيرية فهى عليه وحده. ويلتزم سائر الشركاء بتسليم الجزء الذى اختص به أحدهم، كما يلتزمون نحوه بالضمان. ويلتزم الشريك الذى اختص بعين معينة باستعمالها فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها وردها عند إنتهاء مدة القسمة. ولا محل لتطبيق أحكام الالتزام بالوفاء بالأجرة لأنه يتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

---

(١) أنظر مؤلفنا فى العقود المسماه، الجزء الثانى، الإيجار، منشأة المعارف ٢٠٠٣، بالنسبة لأهلية المؤجر ص ٢١٨ وما بعدها، بالنسبة لأهلية المستأجر، ص ٢٢١ وما بعدها.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

أما فيما يتعلق بإثبات قسمة المهايأة، فهى تخضع كالإيجار للقواعد العامة، ولو كانت واردة على أرض زراعية حيث تم إلغاء نص المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعى منذ عام ١٩٩٢.

وبعد العرض السابق ما يهمنا الآن هو معرفة مدى حق الشريك المشتاع فى الإنتفاع بالشئ الشائع، ومدى حقه فى إدارته وبالتالى معرفة حقوق باقى الشركاء وهذا موضوع الفقرة التالية.

١- مدى حق الشريك المشتاع فى الإنتفاع بالشئ الشائع:

لكل شريك أن يستولى على ثمار الشئ بقدر حصته، وله أن يستغله بقدر هذه الحصة. ولكن سلطة الشريك فى الاستعمال والإستغلال مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين التى ترد فى نفس الوقت على نفس المحل، وهو العين الشائعة جميعها[١] وهذا ما نصت عليه المادة ٨٢٦/ ١ مدنى مصرى بقولها "كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"[٢].

مقتضى ذلك أن الشريك المشتاع يستطيع أن ينفرد بالقيام بالأعمال التى تتفق مع ما أعد له الشئ الشائع ويستطيع الشركاء جميعا فى الوقت ذاته أن يقوموا بها، بحيث لا يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين عنها. مثل ذلك المرور فى الأرض، إذا كان الشئ طريقا، أو استخراج الماء من البئر أو المسقاة والصيد فى الغابة أو الترعة، ويستطيع الشريك أن يتنازل على حقه هذا للغير، إن لم يكن ذلك يتعارض مع ما أعد له الشئ الشائع.

أما أعمال الاستعمال أو الإستغلال التى لا تقبل المشاركة لأنها تقتضى الإستئثار بالعين الشائعة أو بجزء معين منها، فلا يجوز لأى من الشركاء أن ينفرد بالقيام بها، حتى ولو كان الجزء الذى يريد الإستئثار به معادلا لحصته الشائعة أو أقل منها. وذلك لتعلق حقوق باقى الشركاء بالعين جميعها. مثل ذلك

---

(١) نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ع١ ص ٤٩٦ رقم ٢٢٩.

(٢) فالثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على من تلقى منه حيازتها لحسابه والقيام بإدارتها نيابة عنه" نقض ١٩٩٣/١/٢٧ س ٤٤ ص ٣٢٥، نقض ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ص ٦٢٣.

قيام الشريك بالبناء على الأرض الشائعة أو زراعتها أو تأجيرها، ففى هذه الحالة يحق للشركاء الآخرين الإعتراض على ذلك.

وعلى ذلك إذا وضع أحد الشركاء يده على العين الشائعة أو جزء معين منها(١) من أجل القيام بزراعتها بمفرده، كان لسائر الشركاء الإعتراض على ذلك(٢) وإذا زرع فعلا أو أقام غراسا أو بناء أو منشآت أخرى بمفرده كان لسائر الشركاء طلب إزالة الزرع أو الغرس أو هدم البناء أو المنشآت(٣)، ولو كان ما أقامه الشريك متفقا وما أعدت له الأرض الشائعة، ولو كان ما أقامه فى حدود حصته الشائعة أو فى أقل منها. ويرجع ذلك إلى أن حقوق الشركاء جميعا على الشئ الشائع متعادلة. فهذه الحقوق، وإن تعددت بتعدد أصحابها، إلا أنها ترد جميعا على الشئ الشائع، ولهذا لا يجوز لأى شريك أن يقوم بعمل يترتب عليه المساس بحقوق باقى الشركاء.

لكن إذا اختار باقى الشركاء الإبقاء على ما أقامه الشريك من أبنية أو منشآت وجب عليهم أن يشتركوا فى نفقات إقامتها كل بقدر حصته. ولا يحق لهم التمسك بتطبيق المادة ٩٢٤ مدنى مصرى، وهى تخير مالك الأرض - إذا طلب إستبقاء المنشآت التى أقامها شخص آخر وهو يعلم أن الأرض مملوكة لغيره - بين دفع قيمتها مستحقة الإزالة، وبين دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة

---

(١) نقض ١٩٨٩/٢/٢٣ س ٤٠ ص ٦٢٣ حيث قضت المحكمة بأن "إنفراد المالك على الشيوع بوضع يده على جزء من العقار الشائع فإن حق باقى الشركاء ينحصر فى طلب القسمة أو مقابل الإنتفاع. لأنه لا يعد غاصباً له وبالتالى لا يستطيع أحد الشركاء إنتزاع هذا الجزء منه، ١٩٨٩/٧/٢٦ س ٤٠ ص ٨٠، ١٩٨٩/١٠/٢٦ س ٤٠ ص ٨٤٤.

(٢) نقض مدنى ١٩٤٤/٥/٤، مجموعة عمر، جـ ٤ ص ٣٦١ رقم ١٣٢، وقد جاء فى هذا الحكم أنه إذا "وقع من بعض الشركاء فى العقار المشاع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء فإنه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض". محكمة سوهاج لكلية فى ١٩٤٠/٣/١٠، المحاماة سنة ٢٠ ص ٩٧٠ رقم ٤٠٢ وقد جاء فى هذا الحكم أنه "لا يستطيع الشريك أن يخصص لنفسه جزءاً من العين دون رضاء باقى الشركاء وللشريك الآخر الحق فى مقاضاته ... كما يجوز رفع دعاوى الحيازة على من يحاول من الشركاء الإستئثار بوضع اليد على العين الشائعة أو على جزء منها".

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٤٨، السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٥٠٢ ص ٨٣٥ .

الأرض بسبب تلك المنشآت، حيث أن هذا النص يتعلق بمن يقيم المنشآت فى أرض الغير، والحال أن حق الشريك المشتاع يرد على العين الشائعة كلها[1].

أما إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون إعتراض منهم اعتبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم إقرارا لعمله، ويكون البناء ملكا شائعا بينهم ولو لم يفوا فى حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصى للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا يختلط مع حقهم في التملك وثماره فالحقان مختلفان مصدرا وأثرا ولا يرتبطان مما يجعل أحدهما يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما لهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته[2].

٢- مدى حق الشريك المشتاع فى إدارة الشئ الشائع:

الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة:

نظم المشرع إدارة المال الشائع تنظيما دقيقا يكفل تيسير القيام بها ويحسم الخلافات التى تقع فى شأنها. ولذلك قد ميز فى هذا الصدد بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة. وهذا ما سنراه الآن.

أ- أعمال الإدارة المعتادة: الأغلبية العادية

نصت المادة ٨٢٨ مدنى مصرى على أن "١- ما يستقر عليه أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. ٢- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً. ٣- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم".

---

(١) أنظر عكس ذلك محكمة النقض فى ١٩٨١/٣/٢٤ الطعن رقم ١٢٤١ لسنة ٤٧ ق حيث ترى أنه إذا جاوز الشريك مقدار نصيبه اعتبر بانياً فى ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه. كما أنها تعتبر البانى سئ النية وتطبق المادة ٩٢٤ مدنى إعمالاً لأحكام الإلتصاق. مجلة القضاة السنة ٢٥ العدد الثانى يوليو - ديسمبر ١٩٩٢ ص ١٢٨.

(٢) نقض ١٩٩٤/١٢/٧ س ٤٥ ص ١٥٥١.

- **ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة** الأعمال التى لا تنطوى على تغيير أساسى أو تعديل فى الغرض الذى أعد له المال الشائع، كالإيجار.

- وقد أعطى المشرع المصرى للأغلبية العادية للشركاء، أى التى تزيد على النصف، سلطة القيام بهذه الأعمال. والمقصود بالأغلبية هنا أغلبية الأنصباء لا أغلبية الشركاء أنفسهم. مقتضى هذا أن الشريك الذى يملك هذه الأغلبية له الإستئثار بإدارة المال الشائع الإدارة المعتادة. وهذا قد يؤدى إلى الإضرار بباقى الشركاء وخاصة وأنه ليس للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر فى هذه الحالة. ولكن يبقى للشركاء الذين يملكون أقلية الحصص حق الطعن فى القرار الصادر منه إذا كان يتضمن تعسفا فى استعمال الحق، علاوة على حقهم فى طلب القسمة وفض الشيوع.

وقد تستقر هذه الأغلبية على تعيين مدير من بين الشركاء أو من غيرهم، فيكون هو صاحب الشأن فى القيام بأعمال الإدارة المعتادة[1]. كما أن لها أن تضع نظاما للإدارة والإنتفاع بالشئ يتقيد به المدير. وفى هذه الحالة يسرى هذا النظام على جميع الشركاء، كما يسرى على خلفهم جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا. وما يستقر عليه رأى الأغلبية فى هذا الشأن يكون ملزما للجميع بما فيهم الأقلية التى خالفت هذا الرأى. وليس لهذه الأقلية أن تتظلم إلى المحكمة من هذه الحالة، وذلك فيما عدا أحوال التعسف فى استعمال الحق.

وإذا لم تتوافر الأغلبية المطلوبة، وأدى هذا إلى تعطيل الإدارة، جاز لأى من الشركاء أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، وللمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم.

- لكن يبقى التساؤل قائما، ما حكم انفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال الإدارة المعتادة؟ يحق، أولا، لباقى الشركاء، أو من يمثل منهم الأغلبية المطلوبة الإعتراض عليه، كما أن ما يأتيه هذا الشريك من عمل يعتبر غير نافذ فى حق الشركاء الآخرين[2]. تطبيقا لذلك إذا انفرد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة

---

(١) نقض ١٩٩١/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ٤٢ ص ٢٤٥.

(٢) نقض ١٩٨١/٦/٢٠ س ٣٢ ص ١٨٧٣ لكن هذا الإيجار ينفذ فى حقهم إذا أقروه صراحة أو ضمنا نقض ١٩٩٤/٢/٢٤ الطعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٩ ق، نقض ١٩٩٥/٣/٩ الطعن رقم ٧٦٨ لسنة ٦٠ ق.

كلها أو بعضها فإن هذا الإيجار لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين. ويتصرفون كما لو كان هذا الإيجار غير موجود[1]، فيكون لهم تأجيرها إلى مستأجر آخر يصبح هو صاحب الحق فى الإنتفاع بها إذا كان قد استأجرها من الأغلبية التى تملك التأجير. وإذا كان المستأجر الأول قد شغل العين جاز لهم أن يطلبوا طرده منها، ولا يحق لهذا المستأجر أن يدفع دعوى الإخلاء بوجوب إنتظار نتيجة القسمة لاحتمال أن تقع العين المؤجرة فى نصيب المؤجر[2]. أما حكم الإيجار بالنسبة لطرفيه فهو صحيح نافذ. فلا يجوز للمؤجر أن يتحلل منه بحجة إعتراض باقى الشركاء عليه، كما لا يجوز للمستأجر ذلك إستنادا إلى عدم نفاذ الإيجار فى حق باقى الشركاء. وإنما يجوز للمستأجر أن يطلب إبطال الإيجار على أساس الغلط بشرط أن يثبت عدم علمه بملكية العين على الشيوع وإعتقاده بأنها ملك خاص للمؤجر، وكان المؤجر قد وقع فى الغلط نفسه أو كان عالما بأن المستأجر قد وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

كما لا يجوز له أن يطلب الفسخ طالما أن المؤجر يمكنه من الإنتفاع بالعين ولم يتعرض له أحد[3].

لكن إذا أدار أحد الشركاء المال الشائع دون إعتراض الباقين اعتبر وكيلا عنهم[4].

ب- أعمال الإدارة غير المعتادة - أغلبية موصوفة:

تنص المادة ٨٢٩ مدنى مصرى على أنه "١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا فى سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء. ولمن خالف من

---

(١) نقض ١٩٧٨/٢/١ س ٢٩ ص ٣٧٥، ١٩٨٢/١٢/٢٣ س ٣٣ ص ١٢٣٥.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١١٤ ص ١٦٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٥٠.

(٣) أنظر إسماعيل غانم، فقرة ٦٩ ص ١٥٠ وخاصة فيما يتعلق بمصير هذا الإيجار بعد أن تتم القسمة.

(٤) نقض ١٩٨٩/٦/٢٢ س ٤٠ ص ٦٤٩. وبالتالى ينفذ الإيجار الصادر عنه فى حق باقى الشركاء نقض ١٩٨٣/٤/١١ س ٣٤ ص ٩٢٤، ١٩٨٧/٤/٢٣ الطعن رقم ١٤٥٤ لسنة ٥٠ ق وأنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى الإيجار السابق الإشارة إليه ص ١٠٥ وما بعدها.

هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. ٢- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير. ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

- **ويقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة** تلك الأعمال التى تقتضى تغييرا أساسيا أو تعديلا فى الغرض الذى أعد له المال الشائع. كإعادة بناء منزل، أو تحويل مطعم إلى مقهى، أو البناء فى الأرض، أو تحويلها من أرض زراعية إلى أرض معدة للإستغلال الصناعى. ونظرا لخطورة هذه الأعمال لم يكتف المشرع فى شأنها. بالأغلبية العادية، بل اشترط أغلبية موصوفة، وهى التى تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع، وخول للأقلية حق التظلم إلى المحكمة.

وعلى ذلك فإن للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا ما يرونه فى شأن تلك الأعمال بشرط إعلان قرارهم إلى باقى الشركاء. ويسرى هذا القرار فى حق الأقلية. لكن لهذه الأقلية حق التظلم إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. وعند عرض الأمر على المحكمة فإن المحكمة تملك سلطات واسعة فى هذا الصدد، فللمحكمة أن تلغى قرار الأغلبية إن قدرت أنه ليس له مبرر. ولها أن توافق عليه، وفى هذه الحالة تقرر ما تراه مناسباً من التدابير، كأن تشترط أن يتم تنفيذ القرار على نحو معين. وأخيراً للمحكمة أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من التعويضات من جراء تنفيذ القرار إذا إتضح فى المستقبل صحة توقعه وبالتالى صواب معارضته بأن ثبت أضرار قرار الأغلبية بالمصلحة العامة للشركاء.

- وإذا انفرد أحد الشركاء بالقيام بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة كان لباقى الشركاء حق الإعتراض عليه، كما أن هذا العمل لا ينفذ فى حق باقى الشركاء ولهم أن يتجاهلوه[1].

٢- الأعمال اللازمة لحفظ الشئ الشائع:

تنص المادة ٨٣٠ مدنى مصرى على أن "لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ، ولو كان بغير موافقة باقى الشركاء".

---

(١) نقض ١٩٧١/٣/١٨ س ٢٢ ص ٣٢٢ حيث قضت المحكمة بأنه يجوز لأحد الشركاء الإنفراد بأعمال الإدارة غير المعتادة طالما أن حصته تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع.

ويتضح من ذلك أن لأى شريك أن يستقل بالقيام بالأعمال اللازمة لحفظ الشئ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء. وأعمال الحفظ هذه تتسع لتشمل كل من الأعمال المادية والتصرفات أو الإجراءات القانونية. ومثال الأولى القيام بالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل أن تتلف. ومثال الثانية، الوفاء بالضرائب المفروضة على العين، والوفاء بدين الدائن المرتهن للعين الشائعة توقيا للتنفيذ عليها، وقطع التقادم المكسب لملكية العين الشائعة ضد من يحوزها بنية اكتساب ملكيتها. وتتسع أيضا لرفع دعاوى الحدود والحيازة والإستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض[1].

والعلة فى هذه القاعدة أن حق الشريك على الشئ الشائع يخول له القيام بكافة الأعمال إلا ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين، وليس فى أعمال الحفظ مساس بحقوقهم، فيكون له القيام بها ولو عارضوا. وعلى ذلك فإن الشريك يقوم بأعمال الحفظ باعتباره صاحب حق يرد على الشائع كله لا ينحصر فى جزء معين منه، ولذلك تعود منفعة هذه الأعمال على الشئ كله فيستفيد سائر الشركاء[2]. ويكون للشريك الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه فى النفقات التى أنفقها لحفظ الشئ (م ٨٣١ مدنى مصرى).

٤- الإشتراك فى نفقات إدارة المال الشائع وتكاليفه:

تنص المادة ٨٣١ مدنى مصرى على أن "نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

- وكما هو واضح من هذه النصوص أن نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وكل التكاليف الناجمة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته فى المال الشائع ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك. وعلى ذلك إذا قام أحد الشركاء بهذه النفقات أو التكاليف فإنه له حق الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته فى الشئ الشائع.

---

(١) نقض ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥ ص ٥٨٤.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٤٧ .

- وقد كانت المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى تنص على أن "لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته من المال الشائع" وقد حذف هذا النص من مجلس الشيوخ. وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى تبريرا لهذا الحذف أن "فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق، ولكن إجراء حكمه من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها"[1].

ومقتضى ذلك أن كل شريك فى الشيوع يستطيع أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع. وذلك طبقا للقواعد العامة التى تجيز لصاحب الحق العينى أن يتخلص من الإلتزامات التى يتحملها بسبب الشئ محل الحق بالتخلى عن هذا الحق؛ وهذا ما يعرف بالإلتزامات العينية.

ويترتب على هذا التخلى أن حصة الشريك المتخلى تؤول إلى الشركاء الآخرين، بنسبة حصة كل منهم، فتزداد حصصهم به بقوة القانون دون حاجة إلى قبول منهم أو عمل من أعمال الإستيلاء[2]. على أنه إذا كان المال الشائع عقارا وجب تسجيل هذا التخلى أو قيده لكى يترتب عليه أثره الناقل.

ويقتصر أثر هذا التخلى على التخلص من المساهمة فى كافة الإلتزامات الناتجة عن الشيوع، سواء فى ذلك الإلتزامات التى نشأت قبل التخلى أو بعده، دون أن ينصرف إلى مسئولية المالك الشخصية الناشئة عن خطأ ارتكبه ترتب عليه إتلاف الشئ الشائع مثلا، أو الناتجة عن تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية الشائعة[3].

ثانيا: التصرف فى المال الشائع

تمهيد وتحديد:

التصرف فى المال الشائع قد يصدر من جميع الشركاء، وقد يصدر من أغلبية معينة من الشركاء إذا كانت هناك أسباب قوية تبرره مع حفظ حق الأقلية فى هذه الحالة.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٩٢ ـ ٩٤.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٥٩.
(٣) أوبرى ورو، جـ ٢ فقرة ٢٢١، ص ٥٨٢، بلانيول وريبير وبيكار، فقرة ٣٩١ ص ٢٨٦، محمد على عرفة، فقرة ٢٩٨، ص ٣٩٥، شفيق شحاته، فقرة ١٤٨ ص ١٧٠، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٢٢ ص ١٥١، إسماعيل غانم، فقرة ٧٣ ص ١٠٦، ١٦٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١١٩ ص ١٧٣، ١٧٤ وقارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٦١، ص ١٤٧.

كما أن هذا التصرف قد يصدر من أحد الشركاء المشتاعين. وهذا التصرف قد ينصب على الشئ الشائع كله، أو على حصته الشائعة، أو على جزء مفرز منه، فما حكم هذه التصرفات؟ هذا هو موضوع الفقرات التالية.

١- التصرف الجماعي:

وهذا التصرف قد يصدر من جميع الشركاء، أو قد يصدر من أغلبية معينة حددها المشرع المصري.

أ- التصرف الصادر من جميع الشركاء:

- بديهي أن يملك جميع الشركاء التصرف في الشئ الشائع سواء أكان تصرفا ماديا، باستهلاك الشئ أو إعدامه، أو تصرفا بالتغيير في الشئ أو بالتعديل فيه، أو تصرفا قانونيا. ويستوي أن يكون هذا التصرف القانوني بنقل ملكية الشئ كله أو جزء منه، أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو على جزء منه، وسواء كان هذا الحق حقا عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعيا. والذي يهمنا في هذا الصدد هو التصرف القانوني.

- وحيث أن الشيوع وضعا استثنائيا مؤقتا مصيره إلى الإنقضاء، أيا كان سببه، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو مصير هذه التصرفات التي صدرت من جميع الشركاء؟

يجب أن نقرر ابتداء أنه إذا كان التصرف ناقلا لملكية الشئ الشائع كله فإنه بذلك تنتهي حالة الشيوع بين الشركاء المتصرفين. أما إذا كان التصرف ينقل ملكية جزء مفرز منه، فإن هذا الجزء وحده يخرج من نطاق الشيوع ويبقى باقي المال مملوكا على الشيوع إلى أن تتم قسمته. وإذا كان التصرف بنقل حصة شائعة دخل المتصرف إليه مع الشركاء شريكا بقدر هذه الحصة، وهذا يستتبع بالحتم نقص حصص الشركاء المتصرفين بقدر هذه الحصة. وليس في ذلك أدنى مشكلة.

* ولكن المشكلة الحقيقية تكمن فيما إذا كان التصرف بترتيب حق عيني، أصلي أو تبعي على الشئ الشائع الذي يبقى في ملك الشركاء، فيثور التساؤل عن مصير هذا الحق بعد القسمة، إذا وقع الشئ الذي تقرر عليه الحق في نصيب أحد الشركاء. قد يبدو في الظاهر أنه لا محل للتساؤل، ولكن في حقيقة الأمر أن سبب هذا التساؤل مرتبط بمجال تطبيق الأثر الرجعي للقسمة، وبصفة

خاصة ما نصت عليه المادة ١٠٣٩/ ١ مدني مصري في خصوص الرهن الرسمي من أنه "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو بيعه لعدم إمكان قسمته".

فمن الفقهاء من اعتبر أن هذا النص يتضمن استثناء خرج فيه المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة (م ٨٤٣). إذ مقتضى هذا الأثر الرجعي، أن يعتبر الشركاء الذين لم يقع العقار في أنصبتهم أنهم قد رهنوا ملك الغير، ومن ثم لا يسري رهنهم على الشريك الذي وقع العقار في نصيبه، وبالتالي ينحصر الرهن على العقار في حدود حصته التي رهنها فقط. وعلى هذا الأساس يرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة إلا في خصوص ما وردت فيه، الرهن الرسمي، وبالتالي فإنها لا تنطبق على الرهن الحيازي[1].

ويعيب هذا الرأي أنه يقوم على مقدمة غير سليمة حيث يصور الرهن الصادر من جميع ملاك العقار على أنه مجموع رهن كل شريك لحصته. والواقع أن الرهن في هذه الحالة قد صدر عن إرادة جماعية لمن تنحصر فيهم كافة الحقوق على الشئ وبالتالي كانت لها ولاية إبرامه وقت صدوره. كما أن الشريك الذي اختص بالعقار في القسمة كان من بين هؤلاء الشركاء الذين أبرموا التصرف وكان يعلم أو بإمكانه أن يعلم سلفا باحتمال وقوع العقار كله في نصيبه. ولذلك يجب أن يظل الرهن نافذا في مواجهة هذا الشريك أيا كانت النتيجة التي تترتب على القسمة فيما بعد. وعلى ذلك فالمادة ١٠٣٩/ ١ والتي وردت في خصوص الرهن الرسمي تعد تطبيقا لمبدأ عام وهو بقاء التصرف الصادر من كافة الشركاء أثناء الشيوع نافذا بعد وقوع القسمة وأيا كانت نتيجتها، وليست استثناء من قاعدة عامة، في الأثر الرجعي للقسمة، كان يتعين تطبيقها لولا هذا النص. فقاعدة الأثر الرجعي لا تنطبق في خصوص التصرفات التي تصدر من كافة الشركاء أثناء الشيوع. فهذه القاعدة إنما ترمي

---

(١) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ١٩٥٥، فقرة ١١٠ ص ١٠٠، ١١١، سليمان مرقس، التأمينات العينية، فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦، عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية العينية، ١٩٥٤، فقرة ٤٣٥ ص ٥٥٥، محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٣٢٨، ص ٤٧٢، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٣٦ ص ١٦٦.

إلى حماية كل الشريك إختص بمقتضى القسمة بجزء مفرز مما يكون قد تقرر من حقوق على الشئ الشائع من جانب أحد الشركاء الآخرين أو بعضهم، بحيث يتلقى الشريك الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه غير مثقل بتلك الحقوق(1).

ب- التصرف الصادر من أغلبية الشركاء:

وفى إطار نفس الفلسفة التى تبناها المشرع المصرى قد أعطى لأغلبية معينة من الشركاء سلطة التصرف فى المال الشائع بشروط معينة وتحت رقابة القضاء مما يحفظ للأقلية حقوقها، كما فعل من قبل بصدد القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة.

فنصت المادة ٨٣٢ مدنى مصرى على أن "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً".

وإذا كان المشرع قد خول أغلبية الشركاء سلطة التصرف فى المال الشائع، إلا أنه قد أحاط ذلك بالعديد من القيود. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

- شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء:

يشترط المشرع لمباشرة أغلبية الشركاء سلطة التصرف فى المال الشائع ما يلى:

١- أن يصدر التصرف بناء على قرار من أغلبية موصوفة، هى من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع.

٢- يجب أن يكون هذا القرار مبنياً على أسباب قوية تبرره، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشئ الشائع بثمن مرتفع، أو يكون إستغلال الشائع فى حالته التى هو عليها متعذراً مما يتعين بيعه، أو يكون الشئ الشائع فى حاجة

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٤ ص ١٦١، ١٦٢، شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد، ١٩٥٩، فقرة ٤٤، ص ١٠٧ - ١٠٨، وفقرة ٣٦٨ ص ٤٥٧ - ٤٦٠، حسن كيرة، فقرة ٨٤ ص ١٧٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢١ ص ١٧٥، توفيق فرج، فقرة ١٠٦، ص ٢٠٣، السنهورى، جـ ٨، فقرة ٥٠٤ ص ٨٣٧ وقارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٤ ص ١٥١.

إلى إصلاحات ضرورية لا يتوافر لها التمويل اللازم مما يجعل الأغلبية تقرر الإقتراض وتقرر فى نفس الوقت إنشاء رهن على الشئ لضمان القرض.

٣- يجب أن تعلن الأغلبية قراراتها إلى باقى الشركاء، وذلك حتى يكفل المشرع العلم للأقلية لتتخذ موقفا يتفق مع مصالحها إزاء هذا التصرف، فللأقلية على الشئ حقوق مثل حقوق الأغلبية. فإذا لم يتم الإعلان فلا يكون قرار التصرف نافذا فى حق الأقلية. وإذا تم الإعلان فتح الباب أمام الأقلية للتظلم من القرار خلال شهرين من وقت الإعلان[١].

- حقوق الأقلية وسلطة المحكمة:

وبذلك يكون المشرع قد خول للأقلية حق الرجوع إلى المحكمة، كما هو الحال فى أعمال الإدارة غير المعتادة وبنفس الشروط. على أن سلطة المحكمة عند الرجوع إليها تختلف. فقد رأينا للمحكمة أن تلغى قرار الأغلبية فى أعمال الإدارة غير المعتادة أو توافق عليه طبقا للمادة ٨٢٩، وذلك بحسب ما يستند إليه القرار من مبررات أما فى حالة التصرف، فالظاهر من عبارة النص المادة ٨٣٢، أنه على المحكمة أن تنظر أولا فيما إذا كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء أم لا، فإن لم تكن ضارة أجرت المحكمة القسمة. ولا تعدل المحكمة عن القسمة لتنظر فيما إذا كان التصرف واجبا إلا إذا تبين لها أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وهذا الموقف يتسق مع أحكام الشيوع أكثر، حيث أن الأصل من التصرف فى المال الشائع أن يكون بإجماع الشركاء فإذا أعطى المشرع هذه السلطة للأغلبية، ولو كانت موصوفة، فإن ذلك يعد استثناء على الأصل فعندما تعترض الأقلية يكون من الأوفق أن تحسم المحكمة النزاع بين الشركاء وتخرجهم من هذا الشيوع بقسمة المال الشائع إذا كان ذلك غير ضار بمصالحهم[٢]. فإن بدى للمحكمة أن القسمة تلحق بالشركاء الضرر فإنها

---

(١) نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ س ٣٦ ص ١٣٦٤، "مؤدى ذلك أن المعول عليه فى إنفتاح ميعاد الإعتراض على قرار الأغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغنى عنه الإعلان الحاصل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأى طريقة أخرى ولو كانت قاطعة"

(٢) ويرى بعض الفقهاء أنه يجب ألا يفسر نص المادة ٨٣٢ على المعنى الظاهر من عبارته الأخيرة وحيث أن سياق النص يقتضى أن يفسر شطرها الأخير على أن المقصود به هو حالة ما إذا تمثلت معارضة الأقلية فى طلب الخروج من الشيوع، وعلى ذلك يرى أنه يجب التفرقة بين حالتين، حالة إذا لم تطلب الأقلية القسمة وإنما طلبت الغاء القرار، وحالة إذا ما طلبت الأقلية القسمة، أى لا يجوز للمحكمة أن تنظر مباشر. فى أمر القسمة من تلقاء نفسها ودون طلب من جانب الشريك المعترض. إسماعيل غانم، فقرة ٧٥ ص ١٦٣، ١٦٤، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٢، ص ١٧٧.

تعدل عنها وتنظر في أمر القرار الذي أصدرته الأغلبية بالتصرف فى الشئ الشائع لتبسط رقابتها عليه، وتوازن بين قرار الأغلبية بالتصرف واعتراض الأقلية على ضوء المبررات التى استندت إليها الأغلبية فى قرارها بالتصرف والأسباب التى تستند إليها الأقلية المعترضة، لتنتهى إما إلى الحكم بصحة القرار ونفاذه رغم معارضة الأقلية، وأما تقتنع بوجهة نظر الأقلية وتلغى القرار بالتصرف الصادر من الأغلبية[1].

وإذا أصبح للتصرف الصادر من الأغلبية نهائيا، إما لعدم إعتراض أحد من الأقلية ابتداء أو لإنقضاء مدة الشهرين من وقت إعلان القرار للأقلية، وإما بعد عرض الأمر على المحكمة وصدور حكم بإقرار التصرف بإنشاء حق عينى، كالإنتفاع أو الرهن، فيبقى الحق نافذا أيا كانت نتيجة القسمة، حكمه فى ذلك حكم الحق الناشئ بإتفاق جميع الشركاء[2].

٢- التصرف الصادر من الشريك

تمهيد وتحديد:

للشريك حق ملكية على الشئ الشائع كله، وإن كان محددا بقدر حصته. وعلى ذلك فإن هذا الشريك قد يتصرف فى حصته الشائعة، أو فى جزء مفرز من المال الشائع، أو فى المال الشائع كله.

ولنعرض لحكم هذه التصرفات فى الفقرات التالية:

أ- التصرف فى حصة شائعة:

ولبيان الأحكام التفصيلية فى هذه الحالة إنه يحسن بنا أن نعرض أولا: لتصرف الشريك فى حصته الشائعة بنقل ملكيتها وحماية باقى الشركاء فى هذه الحالة بتقرير رخصة الإسترداد إذا كانت الحصة فى المنقول أو مجموع من المال، وطلب الشفعة إذا كانت الحصة فى عقار معين، ثم نعرض ذلك لتصرف الشريك فى حصته الشائعة بإنشاء حق عينى عليها.

١- تصرف الشريك فى حصته الشائعة بنقل ملكيتها، ورخصة الإسترداد:

نصت المادة ٨٢٦/ ١ مدنى مصرى على أن "كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها.

---

(١) أنظر في نفس هذا المعنى حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٦٣، فقرة ١١٢، ص ٣٦٣ هامش ١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٤ ص ١٥٢.
(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٤ ص ١٥٣.

- وعلى ذلك للشريك أن يتصرف فى حصته الشائعة كلها أو بعضها، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا، وسواء كان المتصرف إليه أجنبيا عن الشركاء أو كان واحدا منهم.

- ويعتبر تصرف الشريك فى حصته الشائعة على أى وجه من الوجوه السابقة صحيحا نافذا فى مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم عليه أو إلى إعلانهم به[1]. ويرتب هذا التصرف كامل آثاره بين الطرفين فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من وقت العقد بقوة القانون، وإذا كانت الحصة الشائعة فى عقار أو فى مجموع من المال يشتمل على عقار، فلا تنتقل الملكية فى هذه الحالة إلا بتسجيل التصرف. لكن إذا تصرف الشريك فى مقدار شائع يزيد على حصته، لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون إنتظار نتيجة القسمة[2].

- ويترتب على هذا التصرف إنتقال حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه وبذلك يصبح هذا الأخير شريكا فى حدود الحق الذى تلقاه[3]، فإن كان قد تلقى كل حق المتصرف حل محله فى مركزه القائم، وإن كان قد تلقى بعض ما كان للمتصرف دخل المتصرف إليه شريكا معه بقدر ما تصرف إليه ومع سائر الشركاء فى المال الشائع. وإذا كان الشيوع يتضمن عدة أموال وتصرف أحد الشركاء فى حصته، كلها أو بعضها، فى أحد هذه الأموال فقط، دخل المتصرف إليه شريكا فى هذا المال فقط، وتبقى ملكية الشركاء لباقى الأموال كما كانت من قبل.

- لكن هذا التصرف على هذا النحو يفتح لباقى الشركاء المجال لأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة إذا كان محله عقارا أو إستردادها إذا كان محله منقولا أو مجموعا من المال ليحول دون دخول أجنبى بين الشركاء فى الشيوع. وسندرس الشفعة فى مكانها الطبيعى بين مصادر الحقوق العينية الأصلية. حيث أن الشفعة لا تثبت للشريك فى الشيوع فحسب وإنما تثبت أيضا لغيره من الشفعاء. وسنعرض الآن لدراسة تفصيلية لرخصة الإسترداد فلنر ذلك:

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ١٥، ع ٢ ص ٥٠٤.
(٢) نقض ١٩٧٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٣٨٨، رقم ٢١٤.
(٣) نقض ١٩٩٣/٢/٢١ س ٤٤ ص ٦٧٠.

- **رخصة الإسترداد:**

- والإسترداد Retrait هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء في الشيوع لأجنبي.

- والعلة في تقرير الاسترداد في هذه الحالة، والشفعة بالنسبة للعقار، هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع[1]. ويلاحظ أنه إذا كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في علة تقريرهم، في مجال الشيوع، إلا أن للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوع، فالشفعة تثبت للشريك في الشيوع وغيره من الشفعاء على النحو الذي سوف نراه. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد.

- والاسترداد حق استثنائي، تقرر لتحقيق غرض معين وجده المشرع جدير بالاعتبار، ولذلك فهو لا يثبت إلا بنص.

- وقد عرض المشرع المصري للاسترداد في المادة ٨٣٣ مدني فنص على أنه "١- للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوض عن كل ما أنفقه. ٢- وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته".

ولدراسة حق الاسترداد نعرض أولا، لنطاقه، ثم ثانيا لشروطه، وثالثا، لإجراءاته، وأخيرا لآثاره.

أولا: نطاق حق الاسترداد: من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص

فحق الاسترداد لا يثبت إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة في منقول معين أو مجموع من المال. وهو يثبت عند بيع هذه الحصة الشائعة لأجنبي. وهذا الحكم قرره المشرع المصري ليحدث نوعا من التناسق في الأحكام مع الشفعة التي تقررت بالنسبة للعقار وخاصة وأنه يستجيب لنفس الاعتبارات.

(١) نقض ١٩٨٩/١/٣٠ س ٤٠ ص ٣٤٢.

- وحق الاسترداد لا يثبت بالنسبة لبيع حصة شائعة فى منقول معين فحسب، بل يشمل أيضا بيع هذه الحصة فى مجموع من المال، كالتركة التى تتكون من عناصر متعددة، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر[1]، وذلك حتى لو أشتمل هذا المجموع على عقار. أما إذا كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين فإنه لا يجوز الاسترداد، ولا سبيل فى هذه الحالة للحلول محل المشترى إلا عن طريق الشفعة. وعلى ذلك فحق استرداد الحصة الشائعة يثبت أيا كان مصدر الشيوع، فيستوى أن يكون الشيوع ناشئا عن الإرث أو غير ذلك من الأسباب[2].

ولا يجوز الاسترداد إلا فى كل الحصة المبيعة، حيث لا يجوز تجزئة الصفقة على المشترى. وذلك حتى يتحقق الغرض من الاسترداد، وهو عدم دخول الأجنبى فى الشيوع، لأنه لو أجيز استرداد بعض الحصة المبيعة لبقى المشترى شريكا فى الشيوع بالجزء المتبقى، وبذلك تنتفى العلة من الاسترداد.

وحق الاسترداد الحصة الشائعة يثبت لكل شريك فى الشيوع وقت البيع، سواء كان شريكا أصليا منذ بدء الشيوع أو كان شريكا طارئا بأن تلقى حصته من أحد الشركاء لأى سبب كان، كالميراث أو الشراء[3].

وإذا تعدد الشركاء الذين يريدون استرداد الحصة الشائعة المبيعة، كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته. ولكن ليس لدائنى الشريك أن يستردوا باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة. لأن الاسترداد رخصة، ولا يجوز للدائن بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل ما للمدين من رخص[4].

ثانيا: شروط الاسترداد

ولكى يستطيع الشريك أن يستعمل رخصة الاسترداد يجب أن يتوافر الشروط الآتية:

---

(١) نقض ١٩٨٩/١/٣٠ س ٤٠ ص ٣٤٢.

(٢) فى هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى الذى لا يجيز الإسترداد إلا إذا كان الشيوع بسبب الإرث.

(٣) الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٩٨.

(٤) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٤ ص ٩٦٤، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣١١ ص ٤١٨، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٤٤ ص ١٧٤، حسن كيرة، فقرة ٩٨، ص ١٩١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

١ - أن يكون التصرف الصادر من الشريك بيعا، فلا يجوز الاسترداد فى غير البيع من التصرفات ولو كان معاوضة كالمقايضة.

٢ - يجب أن يكون المبيع حصة شائعة، لأنه بذلك يتوافر العلة من الاسترداد، وهو عدم دخول الأجنبى بين الشركاء فى الشيوع.

ولذلك لا يجوز الاسترداد إذا كان البيع واردا على جزء مفرز من المال الشائع، لأن هذا البيع لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين، فلا يكون من شأنه أن يجعل المشترى شريكا، وبذلك تنتفى علة الاسترداد.

٣ - يجب أن يكون البيع لأجنبى عن الشركاء، لأنه بذلك تتوافر العلة من الاسترداد وهى الحيلولة دون دخول أجنبى بين الشركاء فى الشيوع. أما إذا كان البيع لأحد الشركاء فلا يجوز الاسترداد لانتفاء العلة.

٤ - يجب أن يكون البيع قد تم بالممارسة. فإذا كان البيع قد تم بالمزاد فلا يجوز الاسترداد ولو رسا المزاد على أجنبى، لأنه كان لدى الشركاء فرصة الدخول فى المزاد. والمقصود بالبيع بالمزاد هنا هو البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون حتى يتحقق فيه الضمانات التى تكفل علم الشركاء به، وجدية المزاد. وهذا هو ما نص عليه المشرع فى الشفعة (م ١/٩٣٩ مدنى مصرى)، ويجب الأخذ به فى الاسترداد لاتحاد العلة. فإذا تم البيع بالمزاد على نحو غير ذلك، فإنه لا يحول دون إمكان الاسترداد.

ثالثا: إجراءات الاسترداد

هذه الإجراءات تقوم على التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الشركاء فى الشيوع. لذلك فقد قيد المشرع حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقا مدة طويلة(١). فأوجب على من يرغب فى الاسترداد من الشركاء أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشترى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ولم يحدد المشرع ميعادا للإعلان بالبيع، ولكن سيكون من مصلحة البائع أو المشترى أن يبادر بإعلان الشركاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٩٨.

بالبيع ليضع حداً لإمكان طلب الاسترداد، إذ يتعين عندئذ على من يرغب في الاسترداد أن يعلن رغبته في ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان[1]. فإذا لم يتم الإعلان عن البيع فإن الحق في الاسترداد يسقط بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالبيع[2]. ولم يشترط المشرع في الإعلان أن يكون رسمياً، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م ١/٩٤٢ مدني مصري) فيصح الإعلان بأي طريقة من الطرق.

وميعاد الثلاثين يوماً هو ميعاد لإعلان الرغبة في الاسترداد فقط، وليس ميعاد لرفع الدعوى. وعلى ذلك يكفي أن يظهر المسترد استعداده لتعويض المشتري عن كل ما أنفقه دون حاجة إلى إيداعه خزانة المحكمة ولا حتى عرضه عرضاً حقيقياً. وإذا لم يتم الاسترداد بالتراضي فيكون للمسترد أن يرفع الدعوى في أي وقت إلى أن تتم القسمة، إذ لم ينص المشرع على ميعاد لرفع الدعوى[3]. وهذا الحل يفوت على الشارع غرضه من اشتراط إعلان الرغبة في ميعاد معين، وهو عدم بقاء مصير التصرف معلقاً لمدة طويلة.

ويجب أن تتم الإجراءات في مواجهة كل من البائع والمشتري، فيجب على المسترد أن يعلن رغبته في الاسترداد إلى كل من البائع والمشتري خلال الميعاد المحدد، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ولم يعلن الآخر إلى بعد إنقضائه سقط حقه في الاسترداد. كما يجب أن ترفع دعوى الاسترداد على كل من البائع والمشتري ويجب اختصامهما معاً في جميع مراحل الدعوى بما فيها مرحلة الطعن بالنقض[4]. وذلك لأن الاسترداد عندما يتم فهو يتم في مواجهة كل من البائع والمشتري إذ يترتب عليه حلول المسترد محل المشتري في علاقته بالبائع[5].

---

(١) نقض ١٩٩٢/٢/١٠ س ٤٣ ص ٢٧٧ هذا الإعلان يجب أن يشتمل على شروط البيع ومنها مقدار الثمن الذي تم به حتى يستطيع باقي الشركاء أن يعملوا إرادتهم في الصفقة فيستردونها أو يتركونها".

(٢) العلم الذي يبدأ منه سقوط الحق في طلب الإسترداد هو العلم الحقيقي بشروط البيع شاملة الثمن المدفوع دون العلم الظني نقض ١٩٩٢/٢/١٠ السابق الإشارة إليه.

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ٨٤ ص ١٩١، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٤٧، ص ١٧٦، حسن كيرة، فقرة ١٠٠ ص ١٩٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٦، ص ١٥٨، السنهوري، جـ ٨ فقرة ٨٢٢ ص ٨٦٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٠ ص ١٩٧.

(٤) نقض ١٩٨٩/١/٣٠ س ٤٠ ص ٣٤٢.

(٥) نقض ١٩٥٢/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض، س ٤، رقم ٣٥ ص ٢٢١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٦ ص ١٥٩.

رابعاً: آثار الاسترداد

إذا تم الاسترداد، سواء بالاتفاق أو بحكم المحكمة، حل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه (م ٨٣٣/ ١ مدنى مصرى) فيجب على المسترد أن يدفع للمشترى الثمن الحقيقى الذى دفعه للبائع مع فوائده من يوم دفعه، علاوة على ذلك يدفع المسترد كافة ما دفعه المشترى، من نفقات، كمصاريف السمسرة وتحرير العقد ورسوم التسجيل، وما ساهم به المشترى من نفقات فى حفظ المال الشائع أو إدارته. وفى مقابل ذلك يكون للمسترد الحق فى كل الثمار التى حصل عليها المشترى منذ البيع إلى تمام الاسترداد.

وإذا لم يكن المشترى قد دفع الثمن بعد، كان على المسترد دفعه للبائع، ويمتنع على هذا الأخير مطالبة المشترى به، حيث أن المسترد قد حل محل المشترى فى كافة التزاماته.

- ومقتضى الاسترداد أيضاً أن المسترد حل محل المشترى فى كافة حقوقه، فيحق له الاستفادة بالأجل الذى كان البائع قد منحه للمشترى فى دفع الثمن، دون حاجة إلى رضاء جديد من جانب البائع وذلك على خلاف الحال فى الشفعة، حيث لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى إلا برضاء البائع (م ٢/٩٤٥ مدنى مصرى) وهذا استثناء على مبدأ الحلول لا يعمل به فى صدد الاسترداد دون نص. وحلول المسترد محل المشترى يكون فى ذات العقد الذى تم بين البائع والمشترى، وبالتالى لا يعتبر الاسترداد بيعاً جديداً بين المشترى والمسترد. وعلى ذلك لا يعتبر المسترد خلفاً للمشترى بل هو خلف للبائع يتلقى عنه الحصة المبيعة مباشرة. ولذلك يستند حق المسترد إلى وقت البيع فيصبح كأنه المشترى الأصلى إبتداء. ومن ثم لا يحتج عليه بالتصرفات التى أبرمها المشترى فى الفترة ما بين البيع وتمام الإسترداد. كما أنه لا ضمان على المشترى للمسترد، وإنما يكون للمسترد أن يرجع على البائع بالضمان وفقاً لأحكام عقد البيع الذى حل فيه محل المشترى.

- وإذا كان المبيع حصة فى مجموع من المال، وكان هذا المجموع يشتمل على عقار، فإنه يجب تسجيل الاتفاق الذى يتم به الإسترداد أو الحكم

الذى يصدر بـه. حتـى تنتقل ملكـه الحصـة الشـائعة فـى العقـار مـن البـائع إلـى المسترد. وإذا كان عقد البيع قد سجل، فيكفى التأشير على هامش التسجيل.

٢- تصرف الشريك الشائع فى حصته الشائعة بترتيب حق عينى عليها:

يجوز للشريك أن يرتب على حصته الشائعة حقاً عينياً للغير إذا لم يكن فى طبيعة هذا الحق ما يحول دون وروده عليها. وعلى ذلك يجوز لـه أن يرتـب حق انتفاع علـى الحصـة، كمـا يجـوز أن يرهنـها سـواء كـان الرهن رسمياً أو حيازياً. ونود أن نتعرف على حكم هذه التصرفات، ثم مصير هـذه الحقـوق بعـد أن تتم القسمة.

أولاً: حكم هذه التصرفات

تعتبر هذه التصرفات صحيحة نـافذة فـى مواجهـة جميـع الشـركاء دون حاجة إلى موافقتهم ودون حاجة إلى انتظار لنتيجة القسمة. فإذا كان الحـق الـذى رتبه الشريك على الحصة الشائعة حق انتفاع فـإن المنتفـع يصبـح هـو صـاحب الحق فى ثمار الشئ بقدر الحصة التى يرد عليها حقه، وبالتالى يكون رأيـه هـو المعتبر، دون الشريك مـالك الرقبـة. فيمـا يتعلـق بأعمـال الإدارة غير المعتـادة فالرأى فيها للشريك بوصفه مالكـاً للرقبـة لأن المنتفـع لا يجـوز لـه أن يسـتعمل الشئ إلا بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له (م ١/٩٨٨ مدنى مصرى).

أما إذا كان هذا التصرف رهناً، سواء كان رسـمياً أو حيازيـاً، فـإن هـذا الرهـن صحيـح نـافذ فـى مواجهـة سـائر الشـركاء، ولذلـك إذا حـل أجـل الديـن المضمون بالرهن، والشيوع لا يزال قائماً، كـان للدائـن المرتـهن أن ينفـذ بحقـه على الحصة المرهونة فتباع جـبراً ويحـل الراسـى عليـه المـزاد محـل الشـريك الراهن فيصبح شريكاً فى الشيوع.

ثانياً: مصير هذه التصرفات بعد القسمة

والفرض الـذى نحـن بصـدده هـو أن تتـم القسـمة قبـل أن ينقضـى حـق الانتفاع أو قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه وقد عرض المشرع لمصير الرهـن الرسمى، فى بعض الأحوال دون البعـض الآخـر، فنـص فـى المـادة ٢/١٠٣٩ مدنى مصرى على أنه "إذا رهـن أحد الشـركاء حصتـه الشـائعة فـى العقـار أو جزءاً مفرزاً فى هذا العقار، ثم وقع فـى نصيبـه عنـد القسـمة أعيـان غير التـى

رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل. ويعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

والمشرع عرض فى هذا النص لمصير رهن الحصة الشائعة فى حالة إذا لم يقع العقار الذى رهنت منه فى نصيب الراهن، وإنما وقع فى نصيبه عقارات أخرى، وقرر انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة العقار المرهون، أى الحصة. وهذا الحكم يوفق بين مصلحتين مصلحة المتقاسم الذى اختص بالجزء الذى ورد الرهن إبتداء على حصة منه فى أن يخلص له هذا الجزء خالياً من الرهن، ومصلحة الدائن المرتهن وذلك باحتفاظه بنفس الضمان المقرر له وبمرتبته بشرط إتباع الإجراءات المنصوص عليها.

ولم يعرض المشرع للحالات الأخرى التى يمكن أن تتمخض عنها القسمة كحالة وقوع العقار الذى رهنت حصة فيه، أو جزء منه فى نصيب الراهن عند القسمة. ولكن على ضوء الحكم الذى قرره المشرع والقواعد العامة فى الشيوع يمكن مواجهة هذه الفروض. وعلى ذلك فإذا اختص الراهن فى القسمة بجزء مفرز من هذا العقار يعادل فى قيمته الحصة التى رهنا، فإن الرهن يتركز فى هذا الجزء على أساس الحلول العينى[1]. أما إذا وقع العقار كله فى نصيب الراهن فبعض الفقهاء يرى أن العقار كله، لا حصته منه فقط، يصبح مرهوناً[2]. وهذا الرأى منتقد لأن فيه تبديد للقدرة الائتمانية للراهن. كما أنه يؤدى إلى إفادة الدائن المرتهن على حساب دائنى الراهن الآخرين بغير حق[3].

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٧ ص ١٦٦ هامش ٢، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن إنحصار الرهن فى الجزء المفرز فى هذه الحالة يكون بمقتضى القسمة ذاتها. إسماعيل غانم، فقرة ٨١ ص ١٨٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٦ ص ١٩٢، شمس الدين الوكيل، التأمينات، فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١، أحمد سلامة، التأمينات، فقرة ٥٠ ص ١٧٣، حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية ط ١٩٦٣، فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١.

(٢) دى باج دوكرز، جـ ٧ فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦، أحمد سلامة، التأمينات العينية، الرهن الرسمى، فقرة ٥٠ ص ١٧٣.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧ ص ١٦٤، وبصفة خاصة هامش ٣.

ولذلك يذهب غالبية الفقهاء إلى بقاء الرهن قائماً، كما كان، على الحصة التى رهنت إبتداء[١] وأخيراً إذا وقع فى نصيب الراهن جزء مفرز من العقار يزيد فى قيمته على قيمة الحصة المرهونة فإن الرهن ينحصر فى حصة من هذا الجزء المفرز تعادل قيمة الحصة التى رهنت إبتداء. وهذا الحل يؤدى إلى احتفاظ الراهن بقدرته الائتمانية ويحفظ للدائن المرتهن حقه دون إفراط أو تفريط.

وإذا لم يقع فى نصيب الراهن عند القسمة شئ من ذلك وإنما إختص بمبلغ من النقود، فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بهذا المبلغ، فإذا كان حقه مستحق الأداء أستوفاه بالأولوية من هذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاته، أما إذا لم يكن كذلك انتقل الرهن إلى هذا المبلغ، أى يخصص هذا المبلغ لضمان دين الدائن المرتهن.

وإذا لم يختص الراهن فى القسمة إلا بمنقولات فإن الرهن الرسمى ينعدم أثره، ولا ينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذه المنقولات إذ هى لا تصلح محلاً للرهن الرسمى[٢]. مما لا شك فيه أن هذا الحل فيه إهدار لحق الدائن المرتهن دون مبرر معقول، إذ الفرض أن الرهن نشأ صحيحاً وفى حدود سلطة الراهن لوروده على حصته ولذلك يحسن أن يتدخل المشرع ويقضى بانتقال حق الدائن المرتهن إلى قدر مما يقع فى نصيب الراهن أياً كانت طبيعته، وذلك على الوجه الذى يتلائم مع طبيعة المال الذى ينتقل إليه حق الدائن، فيمكن أن يصبح هذا الحق رهناً حيازياً[٣].

ب- التصرف فى جزء مفرز:

- تصرف الشريك فى حصة مفرزة يثير كثيراً من الصعوبات. وذلك لأن الشريك لا يملك قبل القسمة إلا حصة شائعة ولذلك فإن تصرف الشريك فى

---

(١) أوبرى ورو، جـ ٣، فقرة ٢٦٦ ص ٤٦٦، بودرى لاكنترى، جـ ٢ فقرة ١٣٢١ ص ٤٢٢، بلانيول وريبير وبيكيه، ص ١٢ فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧، عبد الفتاح عبد الباقى، التأمينات، فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦، سليمان مرقس، التأمينات، فقرة ٤٩، ص ٧٩، محمد على إمام، التأمينات، فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧، ص ١٦٤.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٨١، ص ١٨٥، شمس الدين الوكيل، التأمينات، فقرة ٤٠ ص ١١١ هامش ٢، أحمد سلامة، التأمينات، فقرة ٥٠ ص ١٧٤.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧، ص ١٦٥.

حصة مفرزة عد خروجاً عن الحدود المقررة قانوناً (م ٨٣٢ مدنى مصرى).
والسؤال الذى يطرح نفسه الآن ما هو حكم هذا التصرف؟

- قبل أن ينظم المشرع المصرى تصرف الشريك فى جزء مفرز كان هناك خلاف حول حكم هذا التصرف.

فذهب رأى[1] إلى أن تصرف الشريك فى جزء مفرز تصرف فى ملك الغير فيما يوازى حصص باقى الشركاء. ويترتب على ذلك أن للمتصرف إليه أن يطلب إبطال العقد للتصرف فى ملك الغير. كما يكون لباقى الشركاء تأكيد حقوقهم على هذا الجزء برفع دعوى الاستحقاق دون توقف على نتيجة القسمة.

ويذهب رأى ثان، وهو الاتجاه الذى كان راجحاً فى مصر فى ظل التقنين المدنى السابق[2] إلى إعتبار تصرف الشريك فى جزء مفرز موقوفاً على نتيجة القسمة، بحيث يستقر هذا التصرف نهائياً إذا ما وقع الجزء المتصرف فيه، نتيجة القسمة، فى نصيب المتصرف، أما إذا لم يقع هذا الجزء فى نصيب المتصرف وإنما وقع فى نصيب شريك آخر فإنه بذلك يتأكد صدور التصرف من غير مالك. ويكون للمتصرف إليه طلب إبطاله. أما قبل القسمة، حيث لم يتضح بعد مصير التصرف، فإنه لا مجال لطلب إبطاله على أساس أنه تصرف فى ملك الغير. كما أنه ليس لباقى الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة فى الجزء المفرز المتصرف فيه[3].

- ثم أراد المشرع فى التقنين الحالى حسم هذا الخلاف فنص فى المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى مصرى على أنه "إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق

---

(١) وهذا هو الإتجاه السائد فى الفقه والقضاء الفرنسى، أنظر بلانيول وريير وهاميل، جـ ١ فقرة ٥١، بيدان وبريت دولا جريساى، جـ ١١، فقرة ١٠٩، ١١٠. وهذا هو أيضاً إتجاه بعض المحاكم فى مصر فى ظل التقنين المدنى السابق، أنظر استئناف مختلط، ١٩١٥/٢/١٢، بلتان س ١٧ ص ٧٣ استئناف مصر ١٩٣٦/١٢/٢٩ المحاماة س ١٨ رقم ٢٤٠ ص ٤٥٦، وهذا ما أخذ به بعض الفقهاء، أحمد نجيب الهلالى، شرح القانون المدنى فى العقود، جـ ١ فى البيع والحوالة والمقايضة، ١٩٢٥ فقرة ٢٧٥، هامش ص ٢٢١.

(٢) نقض ١٩٥٠/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢، رقم ٢٧ ص ١٣٥، نقض ١٩٥٥/٦/٣٠، المجموعة السابقة س ٧ رقم ٨٠٧، ص ٧٦٠. وما زالت محكمة النقض أمينة على هذا الرأى إلى الآن رغم تعديل نصوص القانون المدنى فى هذا الصدد.

(٣) أنظر حسن كيرة، فقرة ٨٩، ص ١٧٦ هامش ١.

القسمة وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق فى إبطال التصرف".

وبالرغم من تنظيم المشرع لتصرف الشريك فى حصة مفرزة إلا أن الخلاف ما زال مستمرا حول تكييف هذا التصرف. ويرجع ذلك إلى أن المشرع قد قفز مباشرة إلى تحديد مصير التصرف بعد القسمة دون أن يكشف عن حكم هذا التصرف قبل القسمة. ولذلك انقسم الفقه حول هذا الموضوع. فذهب رأى إلى أن تصرف الشريك فى جزء مفرز يعتبر تصرفا فيما لا يملك، على أساس أن الشريك لا يملك إلا ملكية شائعة، فإذا تصرف فى ملكية مفرزة فقد تصرف فيما ليس له، ذلك أن الملكية الشائعة حق متميز عن الملكية المفرزة(1)، أو على أساس أن حق الشريك المشتاع لا يتركز فى الجزء المعين الذى تصرف فيه، وإنما ترد على هذا الجزء أيضا حقوق الشركاء الآخرين، فيكون الشريك قد تصرف فى ملك غيره بقدر ما للشركاء من حقوق فى هذا الجزء(2)، ولذلك يكون للمشترى أن يطلب إبطال البيع، على أساس بيع ملك الغير، دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة، ولو كان يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع(3).

ويذهب رأى ثان إلى أن تصرف الشريك فى جزء مفرز يعتبر صحيحا كتصرف فى حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه. على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوقه أكثر من سلفه وسلفه لم يكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة(4). وهذا الرأى منتقد من عدة نواح، أولا أنه ينسب إلى إرادة المتعاقدين ما لم تنصرف إليه لا فى الحقيقة ولا فى الظاهر(5)، ثانيا، أنه يخالف صريح نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى مصرى، حيث أن مقتضاه أن يكون المتصرف إليه، وقد أصبح شريكا على الشيوع، هو المتقاسم إذا ما تمت القسمة بعد التصرف بالرغم من أن المادة تنص على أن حق المتصرف إليه ينتقل إلى

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٠.

(٢) سليمان مرقس ومحمد على إمام، عقد البيع، فقرة ٢٨٧، ص ٤٧٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٠.

(٣) أنظر فى نقد هذا الرأى منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ هامش ٢ ص ١٧٠، ١٧١.

( ) أنور سلطان، فى عقد البيع، ١٩٠٢، فقرة ٤١٤، ص ٤١٣، عبد المنعم البدراوى، الحق العينية الأصلية فقرة ١٣٢ ص ١٦٢.

(٥) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٣، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٠.

"الجزء الذى آل إلى المتصرف بمقتضى القسمة"[1] فالمتصرف هو المتقاسم طبقا لهذا النص.

- حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز:

للوقوف على حكم تصرف الشريك فى جزء مفرز ينبغى أن نفرق بين مرحلة ما قبل القسمة ومرحلة ما بعد القسمة.

أولا: مرحلة ما قبل القسمة

نفرق فى هذه المرحلة بين حكم التصرف فيما بين المتعاقدين وحكم بالنسبة لباقى الشركاء.

١- حكم التصرف بين المتعاقدين: صحيح نافذ

أ- هذا التصرف صحيح: على أساس أنه تصرف صادر من مالك، فحق الشريك فى الشيوع حق ملكية يرد على العين الشائعة جميعها وبالتالى لا يعتبر تصرفا فى ملك الغير.

ويترتب على ذلك أن التصرف لا يكون قابلا للإبطال لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع وأن محل التصرف جزء مفرز.

فليس للمتصرف إليه أن يستند إلى ذلك فيطلب الإبطال، على أساس بيع ملك الغير، لا قبل القسمة ولا بعدها، وأيا كانت النتيجة التى تترتب على القسمة عند حصولها، لكن له فقط أن يطلب الإبطال على أساس الغلط طبقاً للقواعد العامة وذلك إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. وله أن يطلب الإبطال سواء قبل القسمة أو بعدها[2]. وذلك على عكس الحال فى بيع ملك الغير، وهو قابل للإبطال لمصلحة المشترى ولو كان يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع. فالمادة ٤٦٨ مدنى مصرى تدل بوضوح على أن علم المشترى بحقيقة الحال يقتصر أثره على حرمانه من الحق فى التعويض.

ب- هذا التصرف نافذ: حيث أنه يترتب آثاره فيما بين المتعاقدين، لكن هذه الآثار تقتصر على الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وبالتالى هذا

---

(١) إسماعيل غانم، نفس المرجع، حسن كيرة، نفس المرجع ص ١٨١.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٦٩ هامش ١ قارن مع ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٣.

التصرف لا ينتج آثارا عينية، أى أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين[1]. ويرجع ذلك إلى أن سلطات المالك المشتاع تختلف عن سلطات المالك ملكية مفرزة، ومظهر هذا الإختلاف أن معظم هذه السلطات، وبوجه خاص سلطة التصرف، لم تتقرر للشريك لكى يمارسها بمفرده، بل يتعين ممارستها مع غيره من الشركاء منعا للمساس بحقوقهم[2]. كما أن الاعتراف بصحة هذا التصرف يعد استثناء على الحدود المرسومة قانونا فى المادة ٨٣٢ مدنى مصرى وبالتالى يجب حصره فى أضيق الحدود وبالتالى عدم التوسع فى نطاق آثاره حتى لا يؤدى إلى نتائج شاذة[3].

وعلى ذلك يكون التصرف فى الجزء المفرز الذى انفرد به الشريك صادرا **ممن ليست له سلطة التصرف منفردا**. لأنه وإن كان صحيحا أن للشريك على الشيوع حق ملكية على العين الشائعة جميعها إلا أن ملكيته ملكية شائعة لا مفرزة. ويترتب على ذلك إذا كان محل هذا التصرف منقولا، وحازه المشترى من الشريك، أو الدائن الذى ارتهنه منه رهنا حيازيا، بحسن نية، فإنه يكتسب الملكية أو الرهن لا على أساس نفاذ عقد البيع أو عقد الرهن ذاته فى حق الشركاء الآخرين، وإنما على أساس قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز (م ٩٧٦/ ١، م ١١١٨ مدنى مصرى)[4].

أما إذا كان عقارا، فإن بيع الشريك لجزء مفرز يصلح سببا صحيحا لتملك هذا الجزء بالتقادم الخمسى متى توافر عند المشترى حسن النية، ويكون سبب اكتساب الملكية فى هذه الحالة هو التقادم الخمسى لا التصرف ذاته[5].

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٠ هامش ١.
(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٦.
(٣) إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ هامش ٢ ص ١٩٩، ٢٠٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٤ هامش ١.
(٤) إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٦.
(٥) نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مجموعة عمر جـ ١ ص ١٣١ رقم ٥٨، نقض ١٩٤٢/٤/٢٣ مجموعة عمر، جـ ٣ ص ٢٣ رقم ١٥٢ وينتقد الفقه هذا القضاء على أساس أن السبب الصحيح لا يكون إلا تصرفا صادرا من غير مالك بينما تصرف الشريك فى جزء مفرز يعتبر تصرفا صادرا من مالك (محمد على عرفه، جـ ٢ فقرة ١٣٣، ص ٢٣٩، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨١). والواقع أن السبب الصحيح متوفر فى هذه الحالة لأن المادة ٩٦٩/ ٣ مدنى تعتبر السبب صحيحا فى حالتين حالة إذا ما صدر السند من شخص لا يكون مالكا للشئ، والحالة الثانية إذا لم يكن صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم والحق المراد كسبه بالتقادم فى حالة تصرف الشريك فى جزء مفرز هو حق الملكية المفرزة والفرض أن الشريك المتصرف ليس صاحب هذا الحق. فهو ليس إلا مالكا مشتاعا أنظر إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ١.

٢- حكم التصرف بالنسبة لباقى الشركاء: غير نافذ

إذا كان ما للشريك من حق ملكية على الشئ الشائع كله قد جعل تصرفه فى جزء مفرز صحيحا نافذا فيما بين المتعاقدين فى الحدود السابق بيانها، إلا أن هذا التصرف الذي انفرد به الشريك يعد صادرا ممن ليست له سلطة التصرف منفردا لأن ملكيته شائعة لا مفرزة، فلباقى الشركاء على ذات الشئ نفس الحقوق، ولذلك لا ينفذ هذا التصرف فى حقهم.

ويترتب على عدم نفاذ التصرف الشريك فى جزء مفرز فى مواجهة باقى الشركاء النتائج التالية:

أ- لباقى الشركاء تأكيد حقوقهم على الجزء المفرز المتصرف فيه برفع دعوى الاستحقاق: فالقاعدة العامة أنه ليس للشريك فى الشيوع أن يأتى عملا فيه مساس بحقوق سائر الشركاء، وواضح أن إنفراد الشريك بالتصرف قبل القسمة فى جزء مفرز من العين الشائعة، بيع أو رهن أو بإنشاء أى حق عين آخر، فيه إعتداء على حقوق سائر الشركاء.

وعلى ذلك فلا يجوز للمشترى أن يحتج بعقده فى مواجهة الشركاء الآخرين. ولا يجوز للدائن المرتهن الاحتجاج قبلهم بالرهن. وللشركاء رفع دعوى الاستحقاق على المشترى لا للحصول على جزء مادى من العين المبيعة بل للاعتراف بحقوقهم شائعة فيها[١].

وقد كانت محكمة النقض قد ذهبت فى ظل التقنين المدنى السابق بأنه ليس للشريك أن يرفع دعوى الاستحقاق إلا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب الشريك البائع[٢] وهذا القضاء كانت تبرره الضرورات العملية، وهى تمكين كل شريك، رغم معارضة باقى الشركاء - من الحصول على أقصى ما يستطيع من منافع المال الشائع، حين كان الشيوع بغير تنظيم وكانت تكفى معارضة شريك واحد لتعطيل الانتفاع. ولم يعد لهذا القضاء ما

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٥ عكس ذلك نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض ٦ ص ٧٦٠ رقم ٣٦١.

(٢) نقض مدنى ١٩٣٢/٦/١٦ مجموعة عمر، جـ ١ ص ١٣١ رقم ٥٨، ١٩٤٠/٤/٢٥ مجموعة عمر، جـ ٣ ص ١٨٩ رقم ٥٤. أنظر فى نقد هذا القضاء أنور سلطان، البيع، فقرة ٤١٦، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٣٣، حسن كيرة، طبعة ١٩٦٣ فقرة ١٢٢ ص ٣٣٣.

يبرره الآن بعد أن نظم المشرع الشيوع تنظيما يكفل منع تعطيل الانتفاع بالمال الشائع رغم اختلاف الشركاء[1].

وعدم نفاذ تصرف الشريك فى جزء مفرز مقرر لحماية حقوق باقى الشركاء. ولذلك فإن هذا التصرف يصير نافذا إذا أقره سائر الشركاء أو أقره منهم من تكون حصصهم – بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف – ثلاثة أرباع الشئ الشائع طبقا لنص المادة ٨٣٢ مدنى مصرى[2].

ب- عدم إعتبار المتصرف إليه شريكا معهم: إذا كان تصرف الشريك فى جزء مفرز يعتبر صحيحا نافذا فيما بين طرفيه إلا أنه غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء. فإذا كان التصرف بنقل الملكية، كالبيع، فإن المتصرف إليه أو المشترى لا يحل محل الشريك المتصرف أو البائع[3]. ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

١- ليس للمتصرف إليه أو المشترى حق الاشتراك فى إدارة المال الشائع أو التصرف فيه، بل تكون العبرة برأى الشريك المتصرف عند إحتساب الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة أو التصرف إذ لا زالت صفة الشريك باقية له لم تنتقل إلى المتصرف إليه المشترى[4].

٢- ليس للمتصرف إليه أو المشترى الحق فى طلب القسمة أو إلا يقبل تدخله فى دعوى القسمة بوصفه متقاسماً – بل يبقى هذا الحق للشريك المتصرف.

٣- وليس للمشترى الحق فى طلب الشفعة أو الاسترداد حيث أن كل منهما رخصة مقررة للشركاء والمتصرف إليه ليس بشريك، بل يظل هذا الشريك المتصرف[5].

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٦، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٥ ص ١٨٦، ١٨٧.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٣، إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ٢.

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٣ هامش ٤ ص ١٧٩، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٣.

(٤) إسماعيل غانم، فقرة ٨٠ هامش ٤ ص ١٧٩، ١٨٠، حسن كيرة، فقرة ٩٢، ص ١٨٤.

(٥) إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ هامش ٢ ص ١٩٩، ٢٠٠ حسن كيرة فقرة ٩٢ ص ١٨٤، ١٨٥. =

ثانيا: مرحلة ما بعد القسمة

فى هذه المرحلة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. فيكون للمتصرف إليه الحق فى إبطال التصرف ما لم يكن الجزء المتصرف فيه قد وقع فى نصيب المتصرف، ففى هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالإبطال لأن ذلك يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (م ١٢٤ مدنى مصرى). وكذلك الحال إذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم، أو تلقى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذى تصرف فيه لأى سبب كان[1].

الفرض الثانى: إذا كان المتصرف إليه يعلم أن المتصرف ليس إلا شريكا على الشيوع. فى هذه الحالة ليس له طلب الإبطال على أساس الغلط حتى ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف. كما أنه ليس له طلب الإبطال على أساس أنه بيع لملك الغير لأن الشريك يعتبر قد تصرف فيما يملك كما أسلفنا، ولو أسفرت القسمة بعد ذلك عن وقوع ذلك الجزء فى نصيب شريك آخر. والمخرج فى هذه الحالة قرره المشرع فى المادة ٢/٨٢٦ مدنى مصرى بأن قرر "إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ...". وعلى ذلك إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه من نصيب المتصرف فى هذه الحالة يستقر التصرف نهائيا وأن ملكية الجزء المفرز المتصرف فيه تخلص للمتصرف إليه. وإذا وقع فى نصيب الشريك المتصرف عند القسمة جزء آخر غير المتصرف فيه فى المال الشائع، إنتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء المفرز الآخر (م ٨٢٦/ ٢)، أو إلى أقدر

=ويذهب قضاء محكمة النقض إلى عكس ذلك حيث قضت بأن "... بأن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا. وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح نص المادة ٩٣٩/ ب مدنى" نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٥١ ق وسوف نعود إلى هذا الموضوع عند دراستنا للشفعة.

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٦٨.

يعادل قيمة الجزء المفرز الذى تصرف فيه (م ١٠٣٩/ ٢ مدنى بإعتبارها تطبيقا، فيما يتعلق بالرهن الرسمى، لنص المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى كما أسلفنا).

ومن حيث الإجراءات الواجبة الاتباع لتعيين العقار الذى ينتقل إليه حق المتصرف إليه فقد بينتها المادة ١٠٣٩/ ٢ بصدد الرهن الرسمى، ويمكن تعميمها على جميع التصرفات، سواء كان التصرف رهنا رسميا أو رهن حيازة أو بيعا أو غير ذلك، بإعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى[١].

وقد نصت المادة ١٠٣٩/ ٢ مدنى مصرى على أنه "إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزا فى هذا العقار، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها إنتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بإمتياز المتقاسمين".

ويمكن إتباع الإجراءات ذاتها أيا كان التصرف الذى انفرد به الشريك كما أسلفنا. فإن كان التصرف بيعا، كان على المشترى أن يستصدر أمرا على عريضة بتخصيص جزء مما آل إلى الشريك البائع ينتقل إليه حقه. ثم يقوم المشترى بتسجيل هذا الأمر إن كان الشئ عقارا. فإذا تم هذا التسجيل فى خلال فترة التسعين يوما، فإن أثره يستند إلى وقت تسجيل البيع، فلا تنفذ فى حق المشترى التصرفات التى صدرت من البائع فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل أمر التخصيص"[٢].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٥٣٢ ص ٨٧٧، محمد على عرفة جـ ١، فقرة ٣٠٢ سليمان مرقس ومحمد على إمام فى البيع، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩، إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٥، ١٧٦. ويرى بعض الفقهاء أن القياس فى مسائل الإجراءات غير مقبول، ويسلمون بوجود قصور فى التشريع يجب تداركه، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٣٠، حسن كيرة، تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع، مجلة كلية الحقوق العددين الثالث والرابع سنة ١٩٦٢ ـ ١٩٦٣ فقرة ١٩ ص ٧٢.

(٢) إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٧٠، السنهورى، جـ ٨، فقرة ٥٣٢ ص ٨٧٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٥، ١٧٦.

لكن يراعى أنه إذا كان جميع الشركاء قد قرروا رهنا على ذلك الجزء الذى آل إلى الشريك البائع بمقتضى القسمة، فإن هذا الرهن يظل نافذا ويؤول الجزء الذى اختص به المشترى بمقتضى أمر القاضى محملا بذلك الرهن. كما يظل امتياز المتقاسمين ثابتا لهم ولو كان المشترى قد أجرى التسجيل الجديد فى خلال ٩٠ يوما من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة وقبل أن يتم تسجيل امتياز المتقاسمين"(١).

ويفسر الفقه هذا الانتقال بفكرة الحلول العينى حيث أن المشرع قد استبقى التصرف ولكن مع تغيير محله، بأن أحل ما وقع فى نصيب المتصرف محل الجزء المتصرف فيه، والذى لم يخلص ملكيته بعد للمتصرف إليه، حيث أن تصرف الشريك فى جزء مفرز لا يرتب آثارا عينية، بمعنى أن الملكية لا تنتقل أصلا لا بالنسبة لباقى الشركاء ولا بالنسبة للغير ولا حتى فيما بين المتعاقدين كما سبق القول. ومن هنا تأتى صعوبة القول بإعتبار أن ذلك مجرد تطبيق لفكرة الحلول العينى(٢).

جـ- التصرف فى المال الشائع كله:

لم يعرض المشرع لحكم تصرف الشريك فى المال الشائع كله، فالمادة ٨٢٦/ ٢ مدنى مصرى لم تواجه إلا حالة تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع. ولذلك اختلف الفقه حول حكم هذا التصرف.

تذهب غالبية الفقهاء ومعها القضاء على إعتبار تصرف الشريك فى المال الشائع كله صحيحا فى حدود حصته، وقابل للإبطال على أساس صدوره من غير مالك بالنسبة لحصص باقى الشركاء. ويترتب على ذلك أنه إذا كان هذا

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧١ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٣، ١٨٤.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ هامش ٢ يعتبر هذا حلول عينى استثنائى، عبد المنعم فرج الصدة، يعتبر ذلك مجرد تطبيق للحلول العينى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢، قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٥ وهو يستبعد فكرة الحلول العينى ويفضل القول بأن المشرع قضى بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية، أو بإعطاء الحق بوجه عام، على غير محله الذى ورد عليه ابتداء. وذلك لأن الحلول العينى لا يترتب عليه نقل الحقوق الشخصية. وأنظر فى نقد ذلك حسن كيرة، طبعة ١٩٦٣ فقرة ١٢٢ ص ٣٣٨ هامش ١.

التصرف بيعا مثلا أن يحق للمشترى أن يطلب الإبطال دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة[1] هذا بالنسبة للعلاقة فيما بين الطرفين.

أما بالنسبة لباقى الشركاء فإن هذا التصرف يكون غير نافذ فى حقهم فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف. وبالتالى يكون لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكياتهم وعدم نفاذ التصرف فيما زاد على حصة الشريك دون انتظار القسمة.

ونحن نرى أن حكم هذا التصرف لابد وأن يتسق مع طبيعة حق الشريك المشتاع من ناحية، وحكم تصرفه فى جزء مفرز من المال الشائع المنصوص عليه فى المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى من ناحية أخرى. وعلى ذلك فإن تصرف الشريك فى المال الشائع كله لا يعتبر تصرفا فى ملك الغير، حيث أن حقه يرد على الشئ كله، ولذلك فإن هذا التصرف يعتبر تصرفا صادرا من مالك. ولكن حقه فى الملكية وفى التصرف مقيد بما لباقى الشركاء من حقوق مماثلة على ذات الشئ. مقتضى كل ذلك أن هذا التصرف يكون صحيحا نافذا فيما بين المتعاقدين، وغير نافذ فى حق باقى الشركاء.

يترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتصرف إليه طلب إبطاله إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. كما أن لباقى الشركاء الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة فى الشئ المتصرف فيه، حيث أن هذا التصرف غير نافذ فى حقهم فيما يوازى حصصهم. ويكون لهم أيضا إقرار مثل هذا التصرف بما يجعله نافذا فى حق الجميع[2].

---

(١) أنور سلطان، البيع، فقرة ٤١٥، شفيق شحاته، فقرة ١٤٣ ص ١٦٥، محمد على عرفة، جـ ١، فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٥، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٣٥ ص ١٦٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٣ ص ١٧٧، ١٧٨، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٩ وهو يفضل القول بأن التصرف فى المال الشائع كله يعتبر تصرفا من الشريك فيما لا يملك، السنهورى، الوسيط جـ ٤ فى البيع فقرة ١٦٩ ص ٣٠٣، جـ ٨ فقرة ٥٣٣، ٥٣٤، ص ٨٧٨، ٨٧٩ وهو يفرق بين ما إذا كان المشترى يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع وبين علمه بأن البائع شريكا فى المال الشائع.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٨ ص ١٧٤، ١٧٥، شمس الدين الوكيل، التأمينات، فقرة ٤٣، ٤٥ ص ١١٠ وما بعدها، حسن كيرة، فقرة ٨٧ ص ١٧٣، ١٧٤.

المبحث الثانى
انقضاء الشيوع بالقسمة

تمهيد:

أسباب انقضاء الشيوع:

- إذا كان الشيوع ينشأ عن كل سبب منشئ للملكية، إذا اتصل بعدة أشخاص فى نفس الوقت، سواء كان واقعة قانونية كالميراث أو التقادم، أو عمل قانونى كعقد أو وصية، فإنه ينقضى أيضا بجميع الأسباب التى يترتب عليها إنهاء هذا التعدد، سواء كان ذلك بناء على وقعة قانونية أو عمل قانونى.

* فينقضى الشيوع إذا آل الشئ الشائع كله إلى أحد الشركاء بطريق الميراث بعد وفاة الشركاء الآخرين، أو إذا انفرد أحد الشركاء بحيازة الشئ كله بنية الاستئثار بملكه، بشرط توافر جميع شروط الحيازة وخاصة خلوها من اللبس.

* كما ينقضى الشيوع إذا تلقى أحد الشركاء أنصبة شركائه جميعا ببيع أو هبة أو بأى تصرف قانونى آخر، أو بتحويل الشيوع إلى شركة يكون حصة كل منهم فى الشيوع حصة فى رأس مال الشركة وذلك بقصد إقتسام الأرباح والخسائر، ففى هذه الحالة تصبح يد المالك يد واحدة وهى الشركة التى تصبح مالكة ملكية مفرزة للشئ الذى كان مملوكا على الشيوع. كما ينقضى الشيوع بإتفاق الشركاء على بيع الشئ المملوك على الشيوع إلى شخص من الغير، فيكون المشترى مالكاً له ملكية مفرزة.

- وتعتبر القسمة من أهم الأسباب التى ينقضى بها الشيوع. ولكنها ليست السبب الوحيد كما أسلفنا ... ولذلك فلا يكفى للدلالة على قيام حالة الشيوع مجرد نفى حصول القسمة للمال الشائع، إذ لا تلازم بين نفى القسمة وقيام الشيوع فقد ينقضى بسبب آخر.

والقسمة التى ينقضى بها الشيوع هى القسمة التى بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة فى هذا المال. وهذه هى القسمة النهائية. فالقسمة النهائية هى القسمة التى ترد على الملكية، وبها ينتهى الشيوع. وهى بهذا المعنى تختلف عن قسمة المهايأة التى تهدف فقط إلى تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع بين الشركاء أثناء قيام الشيوع.

- الحق فى طلب القسمة:

تنص المادة ٨٣٤ مدنى مصرى على أن "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه".

يتضح من ذلك أن الأصل هو حق كل شريك فى طلب القسمة حتى يخرج من حالة الشيوع. ويرجع ذلك إلى عدم ترحيب المشرع بالشيوع، إذ أنه يثير بطبيعته المنازعات بين الشركاء فى الكثير من الأحيان نظراً لتداخل وتشابك حقوقهم على الشئ الواحد. ومهما بلغ تنظيم الشيوع من دقة فإنه مع ذلك يستحيل وضع حد لهذه المنازعات، وأقصى ما يمكن الوصول إليه من هذا التنظيم هو منع تعطيل الانتفاع بالشئ الشائع رغم قيام هذه المنازعات، علاوة على ذلك فإنه من الناحية الاقتصادية لا تسمح حالة الشيوع بالاستغلال الأمثل للشئ الشائع لتضارب المصالح بين الشركاء. من أجل ذلك قرر المشرع إعطاء كل شريك الحق فى القسمة لفض هذا الشيوع. وهذا الحق لا يسقط بالتقادم، فيستطيع الشريك أن يطلب القسمة فى أى وقت ما دامت حالة الشيوع قائمة.

- والحق فى طلب القسمة قد يقيد منه أن يكون للشريك مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون، أو بموجب اتفاق.

فقد يجبر الشركاء على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٨٥٠ مدنى مصرى من أنه "ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع" وسوف نعود لدراسة هذا فى صور الشيوع الإجبارى.

* وقد يخول القانون القاضى سلطة إجبار الشركاء على البقاء فى الشيوع فترة معينة (مثال ذلك نص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال) [١].

---

(١) وتنص هذه المادة على أنه "إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب النيابة العامة، أن توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً".

* ويجوز البقاء فى الشيوع بمقتضى إتفاق بين الشركاء. هذا الاتفاق يجب أن يكون لمدة لا تزيد عن خمس سنوات. إذا تم الاتفاق على هذا النحو امتنع على من ارتضى هذا الاتفاق بأن يطالب بالقسمة خلال المدة المتفق عليها.

هذا الاتفاق يسرى على الشريك وخلفه، سواء كان خلفا عاما، أو خلفا خاصا. وبالنسبة للخلف الخاص فإنه يتقيد باتفاق سلفه ولو لم يكن عالما به، وذلك على خلاف ما تقضى به القاعدة العامة المقررة فى المادة ١٤٦ مدنى مصرى(١).

وقد عنى المشرع بالنص على أنه لا يجوز أن تزيد المدة التى يحددها الاتفاق للبقاء فى الشيوع على خمس سنوات وذلك لعدم تشجيعه على استمرار الشيوع. فإذا زادت هذه المدة عن ذلك وجب إنقاصها إلى خمس سنوات، ما لم يتبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فقط، حينئذ يبطل الاتفاق كله (م ١٤٣ مدنى مصرى). لكن هذا لا يحول دون تجديد الاتفاق، بعد انقضاء المدة المتفق عليها، أو حتى قبل انقضائها بأن يتفق الشركاء فى الالتزام بالبقاء فى الشيوع مدة أخرى تبدأ من وقت الاتفاق الجديد.

إذا تم الاتفاق بين بعض الشركاء دون البعض الآخر على البقاء فى الشيوع، فإن هذا الاتفاق يكون صحيحا ملزما لمن وافق عليه. وعلى ذلك لا يجوز لأطراف هذا الاتفاق طلب القسمة خلال المدة المتفق عليها. بينما يجوز للشركاء الآخرين طلب القسمة فى أى وقت.

- وبالرغم من أن المشرع لم يجز الخروج على الأصل العام، الحق فى طلب القسمة، إلا بمقتضى نص أو إتفاق، فإنه إذا اشترط فى الوصية بالمال الشائع إلى عدة أشخاص عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة، فيعتبر الشرط صحيحا متى كان مبنيا على باعث مشروع، ومدة لا تتجاوز خمس سنوات، وذلك لأن المشرع يقضى بصحة شرط المنع من التصرف إذا ورد فى

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ هامش ٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٨٨ هامش ١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٢ عكس ذلك حسن كيرة، فقرة ١٠٤ ص ١٩٩.

الوصية، فكذلك من باب أولى الشرط الذى يقتصر على مجرد منع طلب القسمة[1].

- ومما يجدر ملاحظته أن وجود اتفاق بين الشركاء على قسمة المهايأة لا يمنع الشريك من طلب القسمة. فقسمة المهايأة لا يقصد بها سوى تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع أثناء قيام الشيوع فيكون ملزما فقط فى هذه الحدود ما بقيت حالة الشيوع قائمة ولكنه لا يدل بذاته على الالتزام بالبقاء فى الشيوع خلال مدة قسمة المهايأة[2].

- خطة الدراسة:

وسنعرض فى هذا المبحث لطريقة القسمة فى مطلب أول، ثم ندرس بعد ذلك آثار القسمة، فى مطلب ثان.

المطلب الأول

طريقة القسمة

- القسمة الإرادية والقسمة القضائية:

الأصل أن القسمة تتم بالإتفاق بين جميع الشركاء. وبهذا الاتفاق ينقضى الشيوع ويختص كل شريك بحصة مفرزة، وتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية. وإلى جانب ذلك قد يوصى المورث بالقسمة. وإذا تعذر الاتفاق بين الشركاء على القسمة ولم توجد وصية بالقسمة فلا مناص عندئذ من الالتجاء إلى القضاء ليتولى بنفسه إجراء القسمة، وتكون القسمة حينئذ قسمة قضائية.

أولا: القسمة الإرادية

وهنا سنعرض للقسمة الاتفاقية، التى تتم باتفاق جميع الشركاء، ثم نتعرف بعد ذلك على الوصية بالقسمة.

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٨ ص ٢٠٥، ٢٠٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٨٩. ويذهب بعض الفقهاء إلى بطلان مثل هذا الشرط، محمد على عرفة، فقرة ٣١٩، ص ٤٢٦؛ عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٥٦ ص ١٨٠، حسن كيرة، فقرة ١٠٤ ص ٢٠٠.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٨٨ ص ٢٠٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٧٥ ص ١٨٩، عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣٣٨ ص ٤٥٥.

أ- القسمة الاتفاقية:

وهنا سنعرض لشروط هذه القسمة وإجراءاتها، ثم نبين أنه يمكن الطعن فيها للغبن، لنر كل ذلك بشئ من التفصيل:

١- شروطها وإجراءاتها:

تنص المادة ٨٣٥ مدنى مصرى على أن "للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون".

- وفيما يتعلق بالإجراءات التى يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية ومن فى حكمه نصت المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال بأن "على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك. فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإتباع. وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية". كما نصت المادة ٨٩ من القانون نفسه على أنه "يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام". أما بالنسبة للولى الشرعى، سواء كان هو الأب أو الجد، فليس هناك ما يقيد من سلطته فى الاتفاق على قسمة أموال القاصر الشائعة، فهو ليس فى حاجة إلى إستئذان المحكمة أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة[١].

ويتضح من ذلك أن المشرع قد وضع إجراءات معينة لحماية ناقص الأهلية ومن فى حكمه. وعلى ذلك فإن مجرد وجود أحد الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب لا يحول دون إجراء القسمة الاتفاقية، ولا يتحتم فى هذه الحالة الالتجاء إلى القسمة القضائية[٢] إلا إذا رفضت المحكمة الإذن للوصى أو القيم

---

(١) نقض ١٩٨٥/١١/٦ س ٣٦ ص ٩٧٠.

(٢) أنظر مع ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ١٠٥ حيث أنها توجب اتباع إجراءات القسمة القضائية في هذه الحالة. وما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد لا يتفق مع حقيقة الوضع فى القانون المصرى طبقاً لما ورد فى قانون الولاية على المال. وبذلك يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى حيث يتطلب هذا الأخير القسمة القضائية فى هذه الحالة (م ٨٣٨ مدنى فرنسى) أنظر إسماعيل غانم، فقرة ٨٩ هامش ١ ص ٢٠٨، ٢٠٩.

أو وكيل الغائب بالاشتراك فى القسمة الاتفاقية، ومما تجدر ملاحظته أن بسط المحكمة لرقابتها على القسمة الاتفاقية لحماية ناقص الأهلية ومن فى حكمه لا يؤثر على القسمة الاتفاقية بالنسبة لباقى الشركاء كاملى الأهلية. فإذا رفضت المحكمة التصديق عليها عند عرضها عليها للتثبت من عدالتها طبقا للمادتين ٤٠، ٨٩ من قانون الولاية على المال فلا أثر لذلك على القسمة الاتفاقية بين باقى الشركاء، وبالتالى لا يجوز لهم الاستناد إلى ذلك للتحلل من القسمة.

- وتشترط المادة ٨٣٥ مدنى مصرى لإتمام القسمة الاتفاقية التى تنهى الشيوع إجماع الشركاء، وبالتالى لا تكفى الأغلبية مهما بلغت لفض الشيوع اتفاقا. لكن إذا تم الاتفاق على القسمة بين بعض الشركاء دون البعض، فهو اتفاق صحيح فيما بين أطرافه. ويترتب على ذلك أن من اشترك فى إبرامه من الشركاء لا يجوز له أن يتحلل من التزامه به بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك فى العقد. وبذلك يظل العقد قائما بينهم، وإن كان لا يترتب عليه إنهاء الشيوع لأنه غير نافذ فى حق من لم يشترك فيه من الشركاء. ويكون للشريك الذى لم يكن طرفا فيه عند إبرامه أن يقره متى شاء[1]، فإذا أقره جميع من لم يشتركوا فيه ابتداء أصبحت القسمة نافذة فى حق الجميع ويترتب عليها إنهاء حالة الشيوع[2].

٢- نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن:

- تخضع القسمة الاتفاقية، باعتبارها عقدا، للقواعد العامة فى نظرية العقد سواء من حيث انعقادها أو صحتها. فيمكن طلب بطلان القسمة الاتفاقية، إذا وقعت بين الورثة قبل موت المورث، ويمكن إبطالها لنقض أهلية أحد الشركاء ولم تراع الإجراءات التى نص عليها قانون الولاية على المال. كما يجوز طلب إبطال القسمة لعيب من عيوب الإرادة. كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

- علاوة على ما تقدم قد أفرد المشرع أحكام خاصة بالغبن بصدد القسمة الاتفاقية وذلك لأهميته فى القسمة. فقد نصت المادة ٨٤٥ مدنى مصرى على أنه

---

(١) نقض ١٩٩٢/٢/٢٠ س ٤٣ ص ٣٥٧، ١٩٨٩/٥/٣١ س ٤٠ ص ٥١٢.

(٢) لكن إذا لم يعينوا فى هذا الاتفاق أنصبة الشركاء الآخرين، سواء عن عمد أو غلط، فإن القسمة تكون باطلة بطلانا مطلقا إسماعيل غانم، فقرة ٨٩ ص ٢١٠.

"١- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة" "٢- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته"[1].

* ويتحدد نطاق هذا الحكم بالقسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية. كما أنه يقتصر على القسمة النهائية دون قسمة المهايأة. ويجوز نقض القسمة للغبن أيا كانت الأموال المقسومة، عقارا أو منقولا، وسواء كان المتقاسم المغبون قاصرا أو رشيدا[2]،[3] والحكمة من تقرير هذا الحكم هى أن المساواة روح القسمة الاتفاقية. لذلك عنى المشرع بأن يكفل المساواة بين المتقاسمين عن طريق تحقق التطابق بين أنصبة الشركاء فى القسمة وحصصهم الشائعة. فالقسمة، وإن كانت من عقود المعاوضة، إلا أنها لا تقوم على أساس من المضاربة. ولذلك أجازت المادة ٨٤٠ مدنى مصرى نقض عقد القسمة إذا أصاب أحد المتقاسمين غبن يزيد على خمس ما يستحقه ولو لم يكن هناك استغلال لطيش أو هوى. وإذا كان المشرع قد خرج على مبدأ المساواة المطلقة وتتطلب أن يكون الغبن زائدا على الخمس لكى يفتح الباب لنقض القسمة، فإن ذلك يرجع إلى إعتبار أولى بالرعاية وهو استقرار التعامل، إذ لو فتح مجال الطعن فى القسمة لمجرد وجود تفاوت فى الأنصبة لما استقرت قسمة.

*وقد ركن المشرع فى تقدير الغبن إلى معيار مادى مجرد، وهو الغبن الذى يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة. وعلى ذلك إذا لم يبلغ

---

(١) وقد نظم المشرع الفرنسى نقض القسمة فى المواد ٨٨٧ - ٨٩١، ومقدار الغبن الذى يسمح بنقض القسمة هو ما يزيد عن الربع فى قيمة نصب المتقاسم. مجرد إغفال مال من أموال التركة لا يسمح بدعوى نقض القسمة وإنما يلزم اتفاق مكمل للقسمة.

(٢) وهذا بخلاف الحكم الخاص بالغبن فى البيع، فلا يجوز بنص المادة ٤٢٥ مدنى مصرى للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل إلا إذا كان المبيع عقارا وكان المغبون شخصا غير كامل الأهلية.

(٣) نقض ١٩٩٢/٤/١٥ س ٤٣ ص ٥٩٧، وتنصرف آثار القسمة إلى الخلف العام ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه ولا يشترط لذلك أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ أو مسجلاً. وبناء على ذلك يجوز لورثة الشريك الذى أبرم عقد القسمة أن يطعن فيها بالغبن ويسرى فى حقهم ما يسرى فى حق مورثهم من وجوب تقديم طلب نقض القسمة للغبن فى خلال السنة التالية للقسمة طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى.

الغبن هذا القدر فلا مطعن على القسمة، إذ قدر المشرع أنه من المألوف، مهما تحرى الشركاء الدقة، أن يوجد تفاوت مسموح به فى قيمة الأنصبة، وذلك حتى يتحقق استقرار التعامل. فالمصلحة اقتضى ألا تنقض القسمة بعد تمامها لمجرد وجود تفاوت لا يعتد به فى قيمة الأنصبة، نظرا لما تتطلبه القسمة عادة من نفقات ووقت وإجراءات معقدة، يتعين بدؤها من جديد إذا ما لزم إجراء قسمة جديدة.

* وعند تقدير وجود الغبن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة، حيث أن ذلك هو الوقت المعتبر فى تحقيق المساواة بين الشركاء، وبالتالى لا عبرة بقيمة الشئ وقت نشوء حالة الشيوع أو وقت رفع الدعوى.

* وفى إطار سياسة المشرع فى تحقيق الاستقرار للقسمة وعدم تعرضها للنقض خلال مدة طويلة، أوجب أن ترفع دعوى النقض خلال السنة التالية للقسمة[1]. وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم. لا يرد عليها وقف ولا انقطاع.

* ويجوز للمدعى عليه أن يتوقى نقض القسمة إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته. وهو بذلك يوقف سير الدعوى ويمنع القسمة من جديد مما يحقق الاستقرار للقسمة ويدرك هدفها وهو تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين. فلم يكتف المشرع بتكملة حصة المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما يستحق، كما فعل فى بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية، وإنما استلزم أن يكمل له كل ما نقص من حصته.

- ويجوز للمتقاسم المغبون أن يتنازل صراحة عن حقه فى التمسك بنقض القسمة فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية. كما يجوز أن يكون هذا التنازل ضمنيا كما إذا نفذ المتقاسم المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذى لحق به، كأن يدفع المعدل الذى التزم بدفعه أو يقبضه إذا كان هو الدائن به، أو تسلم المال المفرز الذى وقع فى نصيبه راضيا ولو لم تنقض السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى نقض القسمة، أو تصرف فى هذا المال المفرز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم

---

(١) على عكس دعوى تكملة الثمن عند بيع عقار القاصر التى لا تسقط إلا إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع (م ٤٢٦ مدنى مصرى).

له والنزول عن هذه الدعوى. كما أنه يسقط حقه في التمسك بنقض القسمة بمضى سنة من وقت تمام القسمة، وبصرف النظر عن علمه بالغبن أو عدم علمه به.

وإذا انقضت القسمة الاتفاقية للغبن عادت حالة الشيوع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل نقضها واعتبر المال المملوك شائعا بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع. ويجوز لأى شريك أن يطلب القسمة من جديد. ونقض القسمة له أثر رجعى. ويترتب على ذلك أن تسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير فيما عدا ما تعلق منها بأعمال الإدارة.

٢- القسمة الفعلية:

قد لا تتجه إرادة الشركاء فى الشيوع صراحة إلى إجراء القسمة، وإنما يمكن أن تستفاد ضمنا من الظروف. ومن أبرز التطبيقات، فى القضاء، أن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يتابعه فى ذلك سائر الشركاء فيتصرف كل منهم فى جزء مفرز آخر يعادل حصته "فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع (الشركاء) على السواء"[1]. وبالتالى ينفض الشيوع بينهم ولا يجوز لأى منهم بعد ذلك أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً فى المال كله.

وتخضع القسمة الفعلية للقواعد التى تسرى على القسمة الاتفاقية من حيث وجوب تسجيلها للاحتجاج بها على الغير. كما أنه يجوز نقضها بسبب الغبن طبقاً للمادة ٨٤٥ مدنى مصرى. مع مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه القسمة. فمثلاً عند تقدير وجود الغبن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت إبرام التصرف الأخير، إذ هو التصرف الذى تمت به القسمة[2].

- تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بقوة القانون:

قسمة المهايأة ليست إلا طريقاً لتنظيم الإنتفاع بالشئ الشائع أثناء قيام الشيوع وهى تتم باتفاق جميع الشركاء. ولذلك فهى لا تنهى الشيوع لأنها لا ترد على الملكية. ولا يصح الإتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين.

---

(١) نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٢١، مجموعة عمر، جـ ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣، نقض ١٩٧٥/٢/٢٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ٤٧٨ رقم ١١.
(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٩١ ص ٢١٥.

ولكن يجوز، بعد إنقضاء المدة أو قبل إنقضائها، الإتفاق على تجديدها. وإذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن شريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد (م ٨٤٦/ ١ مدنى مصرى).

ـ فإذا كانت المهايأة مكانية فقد تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية إذا دامت مدة طويلة[١]. وفى هذا تنص المادة ٢/٨٤٦ مدنى مصرى على أنه "إذا دامت هذه القسمة خمس عشر سنة انقلبت نهائية. ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال مدة خمس عشر سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة".

* والحكمة من هذه القاعدة أن "المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى إنهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها فإذا كانوا يريدوا غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب قسمة نهائية"[٢]. ويعتبر تاريخ القسمة النهائية وقت إنتهاء مدة خمس عشرة سنة.

* وقد وضع المشرع، فى الشق الأخير من نص المادة ٨٤٦/ ٢، قرينة على أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تستند إلى قسمة مهايأة، وهى قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، أى إثبات عدم وجود قسمة مهايأة بين الشركاء، فإذا لم يثبت العكس فإن قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية طبقا للحكم الوارد فى صدر الفقرة الثانية.

* والقسمة النهائية التى تمت طبقا لهذا النص ليست قسمة إتفاقية، بالرغم من أنها قائمة على إفتراض وجود إتفاق على قسمة مهايأة. وذلك لأن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون بصرف النظر عن اتجاه أو عدم إتجاه إرادة الشركاء إلى ذلك. ولهذا فيكون تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الإرادة إفتراض مخالف للحقيقة[٣].

---

(١) نقض ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ص ٨٢٣ وتنتهى بها حالة الشيوع إنظر نقض ١٩٨١/٣/١٨ س ٣٢ ص ٨٧١، ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ص ٨٢٣.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ١٣٩.
(٣) إسماعيل غانم، فقرة ٩٢ ص ٢١٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٩ ص ١٩٩.

* ويترتب على عدم إعتبار هذه القسيمة إتفاقية أنه لا يجوز نقضها للغبن إذ أن المادة ٨٤٥ تقصر دعوى النقض بسبب الغبن على القسمة الحاصلة بالتراضى. وإذا كان بين الشركاء شخص لم تتوافر فيه الأهلية أو كان بينهم غائب فإن هذا لا يمنع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية[1]. وإذا كان المنطق يقتضى القول بأنه لا حاجة لتسجيلها إذا كان الشئ عقارا حيث أنها تتحقق بقوة القانون[2]، إلا أن الاعتبارات العملية جعلت القضاء يتجه إلى ضرورة تسجيلها، ليس بإعتبارها قسمة اتفاقية، وإنما إعمالا للنص الصريح العام على "تسجيل القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة" (م ١٠ من قانون الشهر العقارى)[3].

ب- الوصية بالقسمة

قبل صدور القانون المدنى قد أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى مادته ١٣ للشخص أن يوصى بقسمة أمواله بعد وفاته بين ورثته قسمة ملزمة لهم. وقد استند المشرع فى ذلك إلى مذهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة[4].

والحكمة من إقرار الوصية بالقسمة هى أنها خير وسيلة للمورث ليجنب ورثته بعد وفاته الشقاق والنزاع والالتجاء إلى القضاء الذى يحدث عادة بين الورثة عند اقتسام التركة مما يؤدى بعواطف المودة التى يحرص على إبقائها بين أفراد أسرته. كما أن المورث هو أكثر الأشخاص دراية بعناصر تركته وأهميتها النسبية، وهو العليم كذلك بميول كل وارث من ورثته واستعداده وخبرته مما يجعله الأقدر على توزيع تركته بينهم بما يحقق مصالحهم.

والقسمة فى هذه الحالة تتم بإرادة منفردة، هى إرادة المورث، مضافة إلى ما بعد الوفاة. ولذلك فهى ليست قسمة إتفاقية أو قسمة قضائية. كما أن

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٩٢ ص ٢١٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٩ ص ١٩٩ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٦١ ص ٢٥١ أنظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣٣٩، محمد كامل مرسى، جـ ٢ فقرة ١٤٤، السنهورى، جـ ٨ فقرة ٤٩٢ ص ٨١٩ هامش ٢.
(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٩٢ ص ٢١٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٩، ص ١٩٩.
(٣) نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٤، السنهورى، جـ ٨، فقرة ٤٩٢ ص ١٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٦١ ص ٢٥١.
(٤) محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية، ١٩٥٠ فقرة ١١٣ ص ١٣٩.

القواعد التى تخضع لها الوصية بالقسمة سواء من حيث شروطها أو آثارها تعتبر مزيجا من أحكام الوصية وأحكام القسمة معا. ولذلك يجب أن نقف على شروط الوصية بالقسمة ونطاقها وآثارها.

١- شروط الوصية بالقسمة:

- يجب أن تتوافر فى المورث أهلية الإيصاء حتى تكون هذه الوصية صحيحة. أما بالنسبة للورثة الذين شملتهم القسمة فلا تشترط فيهم أهلية ما، سواء وقت الوصية أو وقت الوفاة، حيث أن إرادتهم لا تدخل فى إبرام القسمة، وإنما تتم بإرادة المورث وحده.

- من حيث الإثبات تنطبق على الوصية بالقسمة القواعد العامة فى الوصية، فلا تسمع الدعوى المبنية على وصية بالقسمة عند الإنكار إلا إذا كانت الوصية ثابتة بورثة رسمية أو ورقة عرفية مصدقا على توقيع المورث فيها، أو ورقة مكتوبة جميعها بخط المورث وعليها إمضاؤه (م ٢ من قانون الوصية).

٢- نطاق القسمة بالوصية:

ونعرض لهذا النطاق سواء من حيث الأموال أو من حيث الأشخاص.

أ- من حيث الأموال:

لا يلزم أن تشمل الوصية بالقسمة جميع أموال المورث. وإنما تكون الوصية صحيحة بالنسبة لما شملته من أموال، وتؤول الأموال التى لم تشملها القسمة إلى الورثة شائعة بينهم (م ٩١٠ مدنى مصرى)، ويستوى أن تكون هذه الأموال قد آلت إلى المورث بعد الوصية بالقسمة أو كانت ملكا له وقت إبرام الوصية ولم يدخلها فى القسمة.

ليس هناك ما يمنع أن تتضمن الوصية بالقسمة توزيعا لديونه على ورثته بحيث يكون كل منهم مدينا بالدين الذى خصه به المورث. لكن هذا التوزيع فيه مساس مباشر بحقوق الدائنين حيث أن لهم الحق فى استيفاء ديونهم من أى مال من الأموال التى تركها مدينهم دون إعتداد بما يحدث من تقسيم لأمواله بين ورثته. ولذلك فإن الوصية بالقسمة على هذا النحو لا تنفذ فى حق الدائنين إلا بموافقتهم (م ٩١٤ مدنى مصرى). وإذا وافق الدائنين على هذا التوزيع أصبح كل منهم دائنا للوارث الذى خص به وحده. وعند عدم الموافقة

وعدم الوصول إلى إتفاق بينهم وبين الورثة على إجراء تسوية الديون بطريقة أخرى، جاز لأى وارث أن يطلب إلى المحكمة إجراء توزيع ديون التركة وأموالها طبقاً للمادة ٨٩٥[1]. وعلى المحكمة أن تراعى فى ذلك "بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والإعتبارات التى بنيت عليها" (م ٩١٣ مدنى مصرى).

ب- من حيث الأشخاص:

لا يلزم أن يدخل المورث فى القسمة جميع ورثته، فيجوز أن يقتصر فى القسمة على إفراز أنصبة بعض الورثة دون بعض (م ٩٠٨ مدنى وم ١٣ من قانون الوصية). ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد فى التركة عند وفاة المورث أموال أخرى خارجة عن القسمة تكفى للوفاء بأنصبة الورثة الذين لم يدخلوا فيها، فإن الوصية بالقسمة لا تنفذ فى حقهم إلا بإجازتهم إذا كانت الزيادة فى نصيب الداخلين فى القسمة تزيد على ثلث التركة، على اعتبار أن هذه الزيادة تكون وصية تجاوزت النصاب الجائز الإيصاء فيه. وتنطبق نفس هذه القاعدة فى حالة ما إذا كانت القسمة شاملة لجميع الورثة المحتملين وقت الوصية ثم زاد عدد الورثة وقت الوفاة، إذ أن العبرة فى تحديد الورثة بوقت الوفاة. وإذا حدث العكس ونقص عدد الورثة وقت الوفاة عما كانوا وقت الوصية بأن مات قبل وفاة المورث أحد الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة، فإن حصته المقررة فى الوصية بالقسمة تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث (م ٩١١ مدنى). لكن إذا كان من مات من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى الوصية بالقسمة ولداً للمورث، وكان له أبناء تجب لهم وصية واجبة، فإن نصيب الولد المتوفى لا يؤول إلى باقى الورثة بل تطبق فى هذه الحالة أحكام الوصية الواجبة.

---

(١) وتنص المادة ٨٩٥ مدنى مصرى على أنه "١- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون نتيجته معادلاً لصافى حصته فى الإرث" "٢- وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة ... تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن إستحال تحقيق ذلك، ولو إضافة ضمان تكميلى، يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالإتفاق على أية تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها".

٢- آثار الوصية بالقسمة:

وفى هذا الصدد يجب التمييز بين مرحلتين، مرحلة ما قبل الوفاة، ومرحلة ما بعد الوفاة.

أ- مرحلة ما قبل الوفاة:

تسرى على الوصية بالقسمة أحكام الوصية. فلا تكون القسمة لازمة فى حياة المورث، كما يكون له الرجوع فيها حال حياته وإلى وفاته. ويمكن أن يستفاد رجوع المورث فى الوصية إذا تصرف فى الأموال التى شملتها الوصية بالقسمة. وإذا كان تصرف المورث فى بعض الأموال التى شملتها الوصية بالقسمة فإن ذلك يعد رجوعاً فى الوصية بالنسبة لهذه الأموال، ولكن ذلك لا يفيد حتماً قصد الرجوع فى الوصية بأكملها.

ب- مرحلة ما بعد الوفاة:

ويظهر وجه الخصوصية فى هذه المرحلة، حيث أن الوصية بالقسمة تصبح ملزمة للورثة (م ٩٠٩ مدنى وم ١٣ من قانون الوصية) على خلاف الوصية العادية التى ترتد بالرد. فالوصية بالقسمة تكون ملزمة للورثة بوفاة المورث مصراً عليها. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن إنتقال أموال التركة إلى الورثة فى هذه الحالة لا يتم بالوصية وإنما بالميراث، والقاعدة أنه لا حاجة إلى قبول فى الميراث، كما أنه لا يرد عليه الرد. وينحصر أثر الوصية فى هذه الحالة فى مجرد تقسيم أعيان التركة بين الورثة دون توقف على قبولهم، لأنه لو اشترط رضاؤهم بهذا التقسيم لانعدمت كل قيمة للوصية بالقسمة وانتفت علة وجودها. ولكن كل ذلك مشروط بأن تكون الوصية بالقسمة قد اقتصرت على مجرد تقسيم أموال التركة بين الورثة طبقاً لأنصبتهم الشرعية.

أما إذا لم تقتصر الوصية بالقسمة على ذلك وإنما زادت فى نصيب أحدهم، فإن هذه الزيادة تكون وصية عادية (م ١٣ من قانون الوصية وم ٩٠٩ مدنى مصرى) ويكون للموصى له بالقدر الزائد أن يرده. من ناحية أخرى إذا زاد هذا القدر عن ثلث التركة فلا تكون الوصية فى حدود هذه الزيادة نافذة فى حق باقى الورثة إلا بإجازتهم.

وتسرى على الوصية بالقسمة أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن (م ٩١٢ مدنى مصرى) وعلى ذلك فإن العلاقة التى تنشئها الوصية بالقسمة بين الورثة الداخلين فيها هى علاقة متقاسمين. فيضمن الورثة بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على وفاة المورث طبقاً لأحكام المادة ٨٤٤ مدنى. ويكون للورثة حق امتياز المتقاسمين على الأموال التى شملتها القسمة تأميناً لما قد ينشأ عن القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين، طبقاً لأحكام المادتين ١١٤٦، ١١٤٩ مدنى.

لكن تطبيق أحكام القسمة على الوصية بالقسمة يكون بالقدر الذى لا يتعارض مع طبيعتها. ولذلك فإنه لا محل لتطبيق المادة ٨٣٤ الخاصة بالأثر الرجعى على قسمة المورث، فالأموال التى شملتها الوصية بالقسمة لا تنتقل إلى الورثة شائعة ثم تتم قسمتها بعد ذلك، وإنما هى تنتقل إليهم مفرزا نصيب كل منهم فيها من بادئ الأمر، فيكون كل منهم قد تملك - حقيقة - الحصة التى آلت إليه من وقت وفاة المورث ولم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص، وذلك بغير رجعية ما، فيكون نص المادة ٨٣٤ غير ذى موضوع[1].

كما أن أحكام الغبن لا تنطبق على الوصية بالقسمة لانتفاء العلة من تطبيقها. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٩١٢ مدنى. فطبقا لأحكام الوصية يجوز للمورث أن يوصى بثلث تركته لمن يشاء، فإذا كان هناك زيادة فى أنصبة بعض الورثة فى حدود هذا النصاب فإن ذلك يكون بمثابة وصية وتنفذ فى حق باقى الورثة، وبالتالى لا يكون للورثة فى هذه الحالة حق الإعتراض ولو كان النقص فى أنصبتهم يجاوز خمس هذه الأنصبة.

ثانيا: القسمة القضائية

إذا لم يكن هناك وصية بالقسمة، وإذا لم يكن الشركاء ملزمين بالبقاء فى حالة الشيوع بنص أو بحكم أو بمقتضى إتفاق أو شرط صحيح فى وصية، ولم يتفقوا على القسمة أو كان بينهم غير كامل الأهلية ولم تأذن المحكمة بالقسمة الإتفاقية، كان لكل شريك يريد الخروج من حالة الشيوع أن يتبع إجراءات القسمة القضائية وتبدأ إجراءات القسمة القضائية برفع دعوى القسمة،

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٠٣ ص ٢٤١.

ولذلك يجب أن نقف على الخصوم في هذه الدعوى، ثم الإختصاص القضائي بدعوى القسمة، وأخيراً نعرض لطرق إجراء القسمة.

أ- دعوى القسمة:

تنص المادة ٨٣٦/ ١ مدني مصري على أنه "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الخصوم أمام المحكمة الجزئية". كما تنص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال على أن "للمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية".

على ضوء ذلك نعرض للخصوم في دعوى القسمة، ثم بعد ذلك نحدد الإختصاص القضائي بدعوى القسمة.

١- الخصوم في دعوى القسمة:

تبدأ إجراءات القسمة القضائية بأن يرفع الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع دعوى القسمة على باقي الشركاء بتكليف الحضور أمام المحكمة المختصة.

فالمدعي في دعوى القسمة هو من يريد من الشركاء الخروج من الشيوع، سواء كان واحداً أو أكثر. كما يجوز لدائن الشريك أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥ مدني مصري).

والمدعى عليه هم باقي الشركاء، فإذا لم يعلن أحد الشركاء، كان له أن يتدخل فيها، كما يصح إدخاله بناء على طلب المدعي أو أحد المدعى عليهم، كما يصح أن تأمر المحكمة بإدخاله من تلقاء نفسها. فإذا لم يعلن أحد الشركاء ولم يتدخل أو يطلب إدخاله، فإنه يترتب على ذلك أن حكم القسمة الصادر منها في الدعوى لا يكون حجة عليه.

٢- الإختصاص القضائي:

جعل المشرع الإختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية، وذلك أياً كانت قيمة الأموال المطلوب قسمتها، أي حتى ولو تجاوزت هذه القيمة النصاب العادي للمحكمة الجزئية.

هذا الاختصاص النوعى قاصر على المسائل المتعلقـة بالقسمة، كفرز نصيب كل شريك فى المال الشائع، وبما يقتضيه ذلك من بيع المال فى المزاد إن تعذرت قسمته عيناً. فالمحكمة الجزائية مختصة بكافة المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص (م ٨٣٥/ ١ مدنى مصرى) وفقاً للإجراءات التى نص عليها القانون فى المادتين ٨٣٦ و٨٣٧ مدنى مصرى، وتكون مختصة بتقدير ما إذا كانت القسمة العينية متعذرة إذا رأت ذلك تولت بيع العقار فى المزاد وقسمة ثمنه بين الشركاء.

وعلى ذلك فإن ما يثور بين الخصوم من منازعات أثناء نظر دعوى القسمة حول ملكية كل منهم، كالمنازعة فى مقدار الحصة الشائعة لأحد الخصوم أو المنازعة فى أصل ملكية الشئ الشائع لا يعتبر من قبيل المنازعات المتعلقة بالقسمة وإجراءاتها. وبالتالي لا تختص بها المحكمة الجزئية إلا إذا كانت فى حدود النصاب العادى للقاضى الجزئى، فإذا تجاوزت هذا النصاب، تعين على المحكمة الجزئية بعد التحقق من جدية المنازعة، أن تقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الإبتدائية، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها. ويستمر وقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً فى تلك المنازعات (م ٨٣٨/ ٢ مدنى مصرى).

ب- طرق إجراء القسمة القضائية:

الأصل أن تتم القسمة عيناً، بأن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال أو الأموال الشائعة، وبالتالى لا يجوز للمحكمة أن تأمر ببيع المال الشائع فى المزاد تمهيداً لتقسيم ثمنه بين الشركاء، إلا إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة عيناً، أو كان من شأن قسمته عيناً إحداث نقص كبير فى قيمته (م ٨٤١ مدنى مصرى)، وهذه هى القسمة بطريق التصفية.

أثناء إجراءات القسمة النهائية، والتى قد يطول وقتها، قد يتفق الشركاء على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية. فإذا لم يتفق الشركاء على ذلك فإنه يجوز للقاضى الجزئى، بناء على طلب أحد الشركاء، أن يأمر بقسمة المال مهايأة بينهم إلى أن تتم القسمة النهائية، وقد يستعين بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك (م ٨٤٩ مدنى).

١- القسمة العينية:

ويقصد بالقسمة العينيــة إعطــاء كـل شـريك جـزء مفـرزاً مـن المـال أو الأموال الشائعة. والأصل أن تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن تندب المحكمة خبيراً أو أكثر ليتولى القيام بعملية القسمة، وذلك لما قد تستلزمه من عمليات حسابية وفنية ليس فى مقدور المحكمة القيام بها. وفى ذلك قد نصت المــادة ٨٣٦ مدنــى مصـرى بقولـها "وتندب المحكمـة إن رأت وجـهاً لذلك خبيراً أو أكـثر لتقويـم المـال الشـائع وقيمتـه حصصـاً إن كـان المـال يقبـل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته".

وتتم القسمة بطريـق القرعـة، وهـذا هـو الأصـل، فـإن تعـذر ذلـك فتتـم القسمة بطريق التجنيب.

فيما يتعلق بالقسمة بطريق القرعة يقسم المال الشائع حصصاً متسـاوية على أساس أصغر نصيب، وذلك حتـى لـو كـانت القسـمة جزئيـة تقتصـر علـى إخراج بعض الشركاء من الشـيوع مـع بقـاء البعـض الآخـر (م ٨٣٧/ ١ مدنـى مصـرى) فإذا كان الشركاء ثلاثة وأنصبتهم هى النصـف والثلـث والسـدس قسـم المال الشائع ستة أجزاء، وللشركاء أن ينازعوا فى تكوين الحصص، فإذا انتهت المحكمة من الفصل فى هذه المنازعات، تحدد ما يؤول إلى كـل شـريك بطريـق القرعة، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصـدر حكمـاً بإعطـاء كـل شـريك نصيبه (م ٨٣٩/ ٢).

ويجرى إختيار الأنصبة بطريقة القرعة ما لم يكن لأحد الشركاء عقـار ملاصق للعقار الشائع فيعطى نصيبه من الجـزء الملاصـق. وعلـى القـاضى أن يعين طريقة القرعة مراعياً مصلحة الشركاء فيما يستلزمه من جمع أنصبة كـل منهم لا تفريقها.

فإذا تعـذر تكويـن الحصـص علـى أسـاس أصغـر نصيـب فتتـم القسـمة بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جـزء مفرز يعـادل حصتـه. ولكـل شريك أن ينازع فى هذا التكوين، وبعد أن تفصل المحكمة فى هـذه المنازعـات، تصدر حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى جنب له (م ٨٣٩/ ١ مدنى مصـرى) ويلاحظ أن لا يقصد بتعذر القسـمة علـى أسـاس أصغـر نصيـب الاستحالة، بل يكفى أن يكون من شـأن تقسيم المـال الشـائع أنصبـة صغيـرة أن

يـؤدى إلـى الإنقـاص مـن قيمتـه، أو أن يقتضـــى إجـراءات معقـدة لا تبررهـا المصلحة.

المحصلـة النهائيـة للقسـمة القضائيـة، سـواء تمـت بطريـق القرعـة أو بطريـق التجنيب، أن يحصـل كـل شـريك علـى كـامل نصيبـه عينـاً، وهـذا هـو الأصل. على أنه إذا تعذر ذلك، واقتضى الأمـر أن يحصـل أحـد الشـركاء علـى أقل مـن نصيبـه عينـاً، وجـب إكمـال نصيبـه بمبلـغ نقدى، يطلـق عليـه المعدل (Soulte)، يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكثر من نصيبـه (م ٨٣٧/ ٢ مدنى). ويلاحظ أن العـبرة فـى تكويـن الحصـص فـى هـذه الحالـة، بقيمة الأموال الشائعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بـدء الشـيوع ولا وقـت رفـع دعـوى القسـمة، حيث أن ذلـك هـو السـبيل الوحيـد لتحقيـق مبـدأ المسـاواة بيـن الشركاء فى حصول كل منهم على ما يعادل حصته.

وإذا كان بين الشركاء غائب أو كـان بينـهم مـن لا تتوافـر فيـه الأهليـة، تطلب القانون فى هـذه الحالـة تصديـق المحكمـة الابتدائيـة التـى تتبعـها محكمـة القسمة على حكم القسمة بعـد أن يصبـح نـهائياً، وذلـك فيمـا عـدا حالـة الشـريك القاصر الذى كان ممثلاً فى دعوى القسمة بوليه الشرعى إذ أن سلطة الولى فـى إجراء القسمة غير مقيدة بما تتقيد به سلطة الوصى أو القيم أو وكيل الغائب. ولا محل لهذا التصديق إذا كانت المحكمة الابتدائية قد أصـدرت، بوصفـها محكمـة استئنافية، حكماً بتأييد حكم محكمة القسمة. وإذا رفضت المحكمة التصديق على حكم محكمة القسمة، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم (م ٨٤٩ مدنى، م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولايـة على المال).

٢- القسمة بطريق التصفية:

تنص المادة ٨٤١ مدنى مصرى على أنه "إذا لم تمكن القسمة عينـاً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المـراد قسمته، بيـع هـذا المـال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات. وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع".

يتضح من ذلك أنه إذا تبين للمحكمة أن القسمة العينية غير ممكنة، كمـا لو كان منزلاً معداً لسكنى أسرة واحدة، أو سيارة، أو تبين لها أن من شـأن هـذه

القسمة أن تحدث نقصاً كبيراً فى قيمة المال الشائع، كما لو كان المال مصنعاً، أو قطعة أرض معدة للبناء لو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيراً إلى حد لا يسمح بالبناء فيه أو لا يسمح إلا ببناء مبانى صغيرة، إذا تبين للمحكمة هذا فتأمر ببيع المال بالمزاد، وذلك بالطرق المبينة فى قانون المرافعات. ولم يتضمن قانون المرافعات إجراءات خاصة لبيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته إلا إذا كان المال عقاراً (م ٤٦٤ ـ ٤٦٨ مرافعات). أما إذا كان المال الشائع منقولاً فيتعين فى بيعه لعدم إمكان قسمته إتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التى يوقع الحجز عليها لدى المدين، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع[1].

والأصل أنه يجوز لأى شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان أحد الشركاء أو شخصاً من الغير. لكن المشرع أعطى الشركاء الحق فى قصر المزاد عليهم وحدهم إذا طلبوا ذلك بالإجماع[2] (م ٨٤١ مدنى مصرى) فإذا طلب الشركاء ذلك أمرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحدهم، ويكون رسو المزاد فى هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، فتترتب على حكم مرسى المزاد كافة آثار القسمة. وكذلك الحال عند عدم إتفاقهم ورسو المزاد على أحدهم. أما إذا رسا المزاد على أجنبى، كان هذا بيعاً فيما بين الشركاء والراسى عليه المزاد. أما فى علاقة الشركاء فيما بينهم وبالنسبة لدائنيهم فإن رسو المزاد على الأجنبى ليس إلا إجراء تمهيدياً لقسمة الثمن المتحصل من المزاد، فيترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن كافة آثار القسمة[3]. كما يجب تصديق المحكمة الإبتدائية على هذا الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية كما أسلفنا القول.

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٩٧ ص ٢٢٥، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣٢٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٧ ص ١٩٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٨، ص ٢١٧، السنهورى جـ ٨ فقرة ٥٥٧ ص ٩١٧ هامش ٤.

(٢) إذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية وكان ممثلاً فى دعوى القسمة بوصى أو قيم أو كان بينهم غائب ويمثله وكيل بعض الفقهاء يرى ضرورة استئذان الوصى أو القيم أو الوكيل المحكمة المختصة بالولاية على مال الشريك بقبول الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء، بالرغم من عدم النص صراحة على ذلك، لأن هذا يتضمن اتفاقاً بشأن القسمة فضلاً على خطورته البينة إسماعيل غانم، فقرة ٩٧ ص ٢٢٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٧ ص ١٩٣.

(٣) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٧ ص ١٩٤ حيث يشكك فى ذلك.

- حماية دائنى الشركاء:

لدائنى الشركاء مصلحة واضحة فى التدخل فى إجراءات القسمة حتى يحولوا دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم. وصور التواطؤ متعددة، كاتفاق شريك مدين مع باقى الشركاء على أن يختص بأموال لا يجوز الحجز عليها أو يسهل إخفاؤها كالنقود والسندات لحاملها، أو على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقى ويكمل ما نقص من نصيبه بنقود تعطى له دون علم الدائنين. وكذلك إذا كان الشريك قد تصرف فى جزء مفرز أو فى حصة شائعة فى المال الشائع، فيعمد الشركاء على إيقاع المال المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر بغية إسقاط حق المتصرف إليه أو نقله إلى مال آخر غير المال الذى ورد عليه التصرف.

وقد هيأ القانون لدائنى الشركاء عدة وسائل تمكنهم من منع هذا التواطؤ قبل وقوعه، أو تفادى نتائجه إذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ بقصد الإضرار بالدائن، على النحو الآتى:

أولاً: للدائن وفقاً للقواعد العامة أن يتدخل فى دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦/ ١ مرافعات بقولها أنه "يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضماً لأحد الخصوم" وبذلك يستطيع الدائن أن يراقب سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته نتيجة لتراخى الشريك المدين فى اقتضاء حقوقه أو نتيجة لتواطئه مع الشركاء الآخرين إضراراً بالدائن. كما له أن ينازع فى تكوين الحصص أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب ما دام طريق القرعة ممكناً. وله إذا ما تمت القسمة بطريق التصفية أن يطلب قبول غير الشركاء فى المزايدة معترضاً على ما يريده الشركاء من قصر المزايدة عليهم وحدهم.

ثانياً: وللدائن أن يعارض فى أن تتم القسمة فى غيبته وهذا ما نصت عليه المادة ٨٤٢/ ١ مدنى مصرى بقولها "لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل من الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم. ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة".

أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش".

يتضح من ذلك أن المشرع أعطى للدائن حق المعارضة فى أن تتم القسمة دون تدخله، ولم يفرض القانون شكلا خاصا للمعارضة، ولكن يجب أن توجه إلى جميع الشركاء، فإذا تمت المعارضة التزم الشركاء أن يدخلوا من عارض فى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقه. وقد أعفى المشرع الدائنين المقيدة حقوقهم، قبل رفع دعوى القسمة، من توجيه المعارضة، إذ يجب على الشركاء فى جميع الأحوال إدخالهم فى الإجراءات. وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم. والمقصود بالدائنين "المقيدة حقوقهم" الدائنون الذين تقرر لهم رهن أو اختصاص أو إمتياز على ما لمدينهم من حصة شائعة من العقار وتم قيد حقوقهم طبقا للقانون قبل رفع دعوى القسمة. كما ينطبق هذا الحكم بطريق القياس على من أشترى من أحد الشركاء أثناء الشيوع جزء مفرزا من العقار الشائع إذا كان قد استطاع أن يسجل البيع قبل رفع دعوى القسمة، باعتباره دائنا للشريك البائع[1].

والرأى السائد أن حكم هذه النصوص قاصر على القسمة القضائية، فلا يترتب على معارضة الدائن إلزام الشركاء بإدخاله فى القسمة الإتفاقية، إستنادا إلى عبارة النص فيما يتعلق بالدائنين المقيدة حقوقهم. فهو يتطلب أن يكون القيد "قبل رفع دعوى القسمة". كما أن المذكرة الإيضاحية التى ورد فيها أنه "إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، وكانت القسمة عقدا فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة دون تدخل من الدائنين، وكانت القسمة عقدا فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة إلا بطريق الغش فى الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصية فى الحالة الثانية"[2]. ويرى بعض الفقهاء[3] أنه ليس هناك مبرر معقول للتفرقة فى هذا الخصوص بين القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية. بل لعل الحاجة إلى تخويل الدائنين حق الإعتراض أظهر فى القسمة الإتفاقية إذ أن

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٠٠ ص ٢٣١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٩ ص ٢٢٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٨، ص ١٩٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٢٠، محمد كامل مرسى، جـ ٢ فقرة ١٢٣ ص ٢٣٣، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٠، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٥٨ ص ١٩٠، حسن كيرة، فقرة ١٠٩ ص ٢٠٦، ٢٠٧ .

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ١٠٠ ص ٢٣٣.

للدائنين حق التدخل فى القسمة القضائية على أى الأحوال وبغير إعتراض سابق طبقا للمادة ١٢٦/ ١ من قانون المرافعات[1]. ويذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن عبارة النص تفترض أن القسمة القضائية تقتصر على واجب الشركاء فى إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم من غير حاجة إلى معارضة، أما حق الدائنين عموما فى الإعتراض على أن تتم القسمة بغير تدخلهم فليس فى عبارة المادة ما يبرر استبعاده فى القسمة الإتفاقية[2].

ثالثا: وإذا لم يتدخل الدائن ولم يدخله الشركاء لأنهم غير ملزمون بإدخاله، فليس له أن يطعن فى القسمة القضائية، إلا فى حالة الغش (م ٨٤٢/ ٢ مدنى مصرى). أما القسمة الإتفاقية فللدائن أن يطعن فيها وفقا للقواعد العامة بدعوى عدم نفاذ التصرفات أى الدعوات البوليصية إذا توافرت شروطها.

المطلب الثانى
آثار القسمة

- القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية:

الغاية الأساسية من القسمة، سواء كانت إتفاقية أو قضائية، هى إنهاء حالة الشيوع وإفراز نصيب كل من الشركاء المتقاسمين فى الأموال الشائعة. أما الوصية بالقسمة فإن الأنصباء تنتقل مفرزة إلى الورثة بالميراث ولذلك سيسرى على الوصية بالقسمة من آثار القسمة ما يتفق وطبيعتها.

وكما أنه يترتب على القسمة، كفالة لتحقيق المساواة التامة بين الشركاء، ضمان لكل متقاسم قبل الآخر فيما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لنصيبه بسبب سابق على القسمة. وعلى ذلك سنعرض على التوالى للإفراز، ثم للضمان.

أولا: الإفراز

أولا: تطور أثر القسمة – من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف للقسمة:

كان الفقهاء الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية حيث أنها تتضمن عملية مقايضة. وهذا التصوير كان مبنياً على أن لكل شريك أثناء الشيوع حصة فى كل ذرة من ذرات الشئ الشائع، فإذا ما تمت القسمة أصبح كل منهم مالكاً

---

(١) والقانون الفرنسى يسوى فى هذا الصدد بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، وكذلك الحال فى القانون المدنى السورى (م ٧٩٦).

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢، ٢٢٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٨، ص ١٩٧.

لجزء مفرز ملكية خالصة، دون أن يكون للآخرين أى حق فى هذا النصيب. معنى ذلك أن مقايضة تمت فى شأن الحصص الشائعة، حيث نزل كل شريك للآخرين عن حصته فى أنصبائهم فى مقابل تنازل هؤلاء عن حصصهم الشائعة فيما اختص به هذا الشريك. وعلى ذلك فإن المتقاسم لا يكون خلفا مباشرا للسلف الأصلى، وهو من انتقلت منه الملكية الشائعة إلى الشركاء جميعا كالمورث فى الشيوع الوراثى، إلا فى حدود حصته الشائعة فى الجزء الذى اختص به بمقتضى القسمة، وسند ملكيته لهذا الجزء هو الميراث. أما بالنسبة إلى ما زاد على ذلك فقد كان مملوكا لشركائه، ولم يتملكه إلا بمقتضى القسمة، وبذلك يكون خلفا للمتقاسمين الآخرين، وفى هذه الحدود تكون القسمة ناقلة.

وقد ترتب على هذا التصوير لوظيفة القسمة نتيجته المنطقية، وهى أن الرهن، أو أى حق عينى آخر، الذى ينشئه أحد الشركاء أثناء قيام الشيوع على حصته يظل قائما على كل العقار المرهون رغم وقوع القسمة، حتى لو قسم هذا العقار بين الشركاء أو اختص به شريك غير الراهن، إذ يؤول العقار إلى غير الراهن محملا بالرهن بقدر الحصة التى كانت للشريك الراهن فيه، وذلك لأن الشريك الذى آل إليه الشئ بمقتضى القسمة يعتبر خلفا للشريك الآخر بقدر حصته. ولما كان الرهن لا يقبل التجزئة، فإن المتقاسم لا يستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا أوفى بالدين كله.

كما ترتب على هذا التصوير أثر آخر من الناحية الضريبية، حيث أصبح كل متقاسم ملزما بأن يدفع الرسوم المفروضة على نقل الملكية[1].

وإزاء هذه النتائج الضارة غير العادلة اتجه القضاء فى عهد القانون الفرنسى القديم إلى إيجاد الحلول التى تتلافى هذا المضار على وجه مستقل فى كل ناحية عن الأخرى، دون أن يعنى بتأصيلها على أساس موحد. أما الفقه فقد انتهى إلى تأصيلها على أساس واحد يستمده من تحليل جديد لطبيعة القسمة وآثارها. وقد ظهر ذلك فى كتابات "بوتييه" إذ يقول "يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تمليك" "فالأثر الجوهرى للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التى وقعت فى

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك إسماعيل غانم، فقرة ١١١ ص ٢٥٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤١ ص ٢٢٣.

نصيبه، بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال التى وقعت فى نصيبه، بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئا من الأموال التى وقعت فى نصيب الورثة الآخرين"[1]. فالقسمة طبقا لهذا التصوير ليست ناقلة للحق وإنما هى كاشفة له أو محددة، علاوة على مالها من أثر رجعى، بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى كل شريك بالقسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشيوع لا وقت إنعقاد القسمة.

وقد تأثر التقنين الفرنسى بهذا التصوير وضمنه المادة ٨٨٣ مدنى والتى تنص على الأثر الرجعى للقسمة. فى مصر نقل هذا النص فى التقنين المدنى الأهلى سنة ١٨٨٣ فى المادة ٤٥٧، ثم انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدنى الحالى حيث تنص المادة ٨٤٣ على أنه "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص".

وكما هو واضح فإن هذه النصوص قد اقتصرت على إبراز الأثر الرجعى للقسمة دون الأثر الكاشف لها. ويرجع السبب فى ذلك، على ما يبدو، هو النظر إلى الأثر الرجعى والأثر الكاشف على أنهما عبارتان مترادفتان تكفى أحدهما للدلالة على الأخرى فى ذات الوقت[2].

ثانيا: الخلط بين الأثر الكاشف والأثر الرجعى فى الفقه التقليدى

تأثر الفقه التقليدى بالتصوير الرومانى للقسمة وأن التعديل الذى طرأ فى عهد القانون الفرنسى القديم كان الهدف منه تحقيق نتائج عملية محمودة. ولذلك كان هذا الفقه يرى أن الطبيعة الحقيقية للقسمة أنها ناقلة للحق، وأن الأثر الكاشف أضيف إليها بحكم القانون على أساس إفتراض مخالف للحقيقة وهو إسناد أثر القسمة إلى الماضى ليصل من ذلك إلى إعتبار كل متقاسم مالكا وحده منذ أن تملك فى الشيوع للنصيب المفرز الذى آل إليه بمقتضى القسمة وأنه لم يملك غيره شيئا فى الأنصبة المفرزة التى اختص بها زملاؤه. هذا الأثر الرجعى ليس إلا محض إفتراض مخالف للواقع والمنطق على حد سواء، فهو يخالف الواقع بجحده واقعة الشيوع، وهى حقيقة واقعة استمرت طول المدة التى بقاها المال بغير قسمة. وهو يخالف المنطق، حيث يسبق الأثر، وهو الإفراز،

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١١١، ص ٢٥٩.
(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١١١، ص ٢٥٩.

المصدر المنشئ له وهو القسمة. وقد ترتب على ذلك أن الأثر الكاشف للقسمة، باعتباره مرادفا للأثر الرجعى، اعتبر محض إفتراض.

وقد ترتب على هذا الخلط أن اتجه كثير من الفقهاء إلى التضييق من نطاق تطبيقهما. أما القضاء الفرنسى اتجه إلى التوسع فى تطبيق نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى إستنادا إلى العبارات العامة التى صيغ بها، دون أن يتخلى كلية عن الإتجاه المضيق فى بعض النواحى.

ثالثا: إختلاف الأثر الكاشف عن الأثر الرجعى من حيث الأساس والغرض

فالأثر الكاشف للقسمة L'effet déclaratif du partage يعبر عن حقيقة الحال، هو مستمد من طبيعة القسمة، إذ هو يبين أن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم لما آل إليه، وإنما تقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك فى الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق. ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف يجب الأخذ بها دون تضييق.

أما الأثر الرجعى L'effet rétroactif للقسمة فهو محض إفتراض، إذ أن معناه اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص، وهذا يخالف الحقيقة لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد حق الشريك خلالها على الشئ الشائع كله. والغرض من هذا الأثر الرجعى هو حماية كل متقاسم من الحقوق التى تقررت على الشئ الشائع من قبل أحد الشركاء الآخرين أثناء قيام الشيوع ويترتب على ذلك أنه يجب التضييق من نطاق تطبيق الأثر الرجعى، باعتباره افتراضا مخالفا للحقيقة، وقصره على حدود الغرض من تقريره وإستبعاده فيما وراء ذلك.

رابعا: الأثر الكاشف تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها[1]

تبين لنا أن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم لما آل إليه وإنما يستند فى ذلك إلى السند الأصلى للملكية الشائعة. فالوارث الذى تنتقل إليه بوفاة مورثه حصة شائعة من التركة، إنما يستند فى تملكه للنصيب المفرز الذى آل إليه عند القسمة، إلى واقعة الميراث ذاتها. وتقتصر القسمة على الكشف عن الحق الثابت

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١١٣، ص ٢٦١ وما بعدها.

للمتقاسم منذ أن تملك فى الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق. كل ذلك أمور تقتضيها طبائع الأشياء وليس فيها أية مخالفة للحقيقة.

نقطة البداية فى هذا التحليل تكمن فى أن حق الشريك المشتا - هو حق ملكية ترد على الشئ الشائع كله، وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصة الشريك فى الشيوع "فيترتب على ذلك أن القسمة، بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشئ الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقا جديدا لم يكن له من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان محله المادى الشائع كله. فالقسمة اقتصر أثرها إذن على التغيير فى هذا الحق على وجه معين[1]، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى. فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشئ كله ولكنه محدد تحديدا معنويا بالثلث مثلا، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التى كانت ترد مثل حقه على الشئ الشائع كله، أصبح هذا الحق بمقتضى القسمة محدد تحديدا ماديا بجزء معين من الشئ يختص به الشريك وحده ويعادل الحصة التى كانت له فى الشئ كله" وبذلك تزول العقبات التى كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشئ والتى كانت تحول بين كل شريك وبين الإنفراد بمباشرة ملكيته.

والأثر الكاشف بهذا المعنى يطابق الحقيقة، لأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها. ولذلك يجب أن يتحدد نطاق تطبيقه وتترتب نتائجه دون تضييق. وهذا هو موضوع الفقرات التالية:

أ- نطاق تطبيق الأثر الكاشف

ونعرض هنا لنطاق تطبيق الأثر الكاشف سواء من حيث الأشخاص، أو من حيث التصرفات، أو من حيث الأموال.

---

(1) أنظر فى نقد هذا التحليل منصور مصطفى منصور، فقرة ٨١٥ ص ٢١٣ حيث يقول "أنه لا يمكن القول بأن القسمة أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته، لأن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها سواء من حيث المحل أو من حيث المضمون، فقبل القسمة كان له حق محله كل الشئ ومضمونه جزء من مضمون الملكية العادية، وبعد القسمة أصبح له حق محله جزء من الشئ ومضمونه هو كل مضمون الملكية العادية (المفرزة) وهذا ما يكفى فى تقديره للقول بأن القسمة، تعطى للشريك حقا آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع". ولذلك فهذا الرأى يذهب إلى القول بالأثر الناقل للقسمة فقرة ٦٨ ص ٢١٥.

١- من حيث الأشخاص:

إن القسمة ترتب أثرها الكاشف بالنسبة إلى جميع الأشخاص، لا فرق فى ذلك بين المتقاسم والغير[١].

* فبالنسبة للمتقاسم فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة. تطبيقا لذلك أنه إذا تبين أن العقار الذى اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكا لهم، فلا يحق للمتقاسم الذى حاز نصيبه من هذا العقار بحسن نية مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، حيث أن القسمة ليست سنداً لتملك المتقاسم لما آل إليه.

* أما بالنسبة للغير فإنه يحتج عليه أيضاً بالأثر الكاشف للقسمة. وتطبيقاً لذلك أنه لا تنفذ فى حق الشريك المتقاسم التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع، فمثلاً إذا رتب أحد الشركاء رهناً على المال الشائع، سواء ورد هذا الرهن على المال كله أو على جزء معين منه أو على حصة فيه، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع فى نصيبه عند القسمة هذا المال أو جزء منه. حيث أن هذا الشريك ليس خلفاً للشريك الراهن، فالقسمة كاشفة لا ناقلة، وبالتالى يظل الرهن غير نافذ فى حقه كما كان قبل القسمة.

٢- من حيث التصرفات:

أن الأثر الكاشف تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، ولذلك يجب أن يترتب هذا الأثر على القسمة وعلى أى تصرف آخر يعتبر من قبيل القسمة. أى كل تصرف يترتب عليه اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه، وسواء تم ذلك بالنسبة إلى كل الشركاء فى الشيوع أو إلى بعضهم. وذلك على النحو الآتى بيانه.

أ- القسمة العينية البسيطة: هذه هى القسمة التى يختص فيها كل شريك بكامل نصيبه عيناً. وهذه هى الأصل وبالتالى هى أول تصرف يثبت له الأثر الكاشف للقسمة. ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية أياً كانت طريقتها سواء كانت إتفاقية أو قضائية، كما يثبت للقسمة الفعلية، وللقسمة النهائية التى

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٤ ص ٢٢٦، السنهورى، الوسيط جـ ٨ فقرة ٥٨٠ ص ٩٦٣.

تتجم بقوة القانون عن قسمة مهايأة مكانية دامت خمس عشر سنة (م ٨٤٢ مدنى مصرى).

- ولا يشترط لثبوت الأثر الكاشف للقسمة العينية أن تكون شاملة لكل الشركاء ولكل الأموال:

* فالأثر الكاشف يثبت لها سواء كانت قسمة كاملة أفرز فيها لكل شريك نصيبه، أو كانت قسمة جزئية بأن كانت قاصرة على خروج بعض الشركاء من الشيوع بأن يختص كل منهم بجزء مفرز، بينما يبقى الشركاء الآخرون فى الشيوع. كما يجوز أن تقتصر على أن يختص فريق من الشركاء بجزء من المال الشائع يملكونه على الشيوع، بينما يختص الفريق الآخر بالقسم الآخر يملكونه فيما بينهم على الشيوع. فالقسمة فى هذه الحالة وإن كانت لم تقرر لكل شريك نصيبه، إلا أنها قد أفرزت نصيبين كل منهما لبعض الشركاء. وهى ما تسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات Partage par souches[(1)] ومثال ذلك أن يكون الشخص متزوج بزوجتين وتقيم كل منهما مع أولادها فى منزل كامل ثم يتوفى الزوج ويتفق الورثة على أن يختص كل فريق منهم بمنزل ودون أن يقسم هذا المنزل بين الشركاء فى كل فريق.

* ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية ولو اقتصر الشركاء على إقتسام مال واحد من الأموال الشائعة مع بقاء سائرها فى الشيوع.

ب- القسمة العينية بمعدل: وهى القسمة التى يعوض فيها الشريك الذى حصل على أقل من نصيبه عينا بمعدل نقدى يعادل ما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه. والمعدل هنا ليس إلا وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبائهم وذلك حتى تتحقق المساواة بينهم، ولذلك لا يغير هذا المعدل من طبيعة القسمة، ومن ثم يترتب عليها الأثر الكاشف.

جـ - القسمة بطريق التصفية: وهذه القسمة لا تلجأ إليها المحكمة إلا إذا تبين أن القسمة العينية غير ممكنة. وفى هذه القسمة يباع المال الشائع بالمزاد لكى يوزع ثمنه على المتقاسمين. ويثبت لهذه القسمة أيضا الأثر

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٥ ص ٢٨٠ هامش ٢.

الكاشف، سواء تمت باتفاق الشركاء أو بقرار من المحكمة مع اختلاف في الحكم:

- إذا كان الراسى عليه المزاد هو أحد الشركاء يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية. ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع فى نصيب الشريك الذى رسا عليه المزاد، ومن ثم يخصم الثمن الذى سار به المزاد من حصة هذا الشريك فى مجموع الأموال الشائعة. فإذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ هذا الشريك باقى نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل القسمة يلتزم به باقى الشركاء، وإذا زاد الثمن على هذه الحصة دفع الشريك الذى رسا عليه المزاد لباقى الشركاء معدلا للقسمة. ويترتب على القسمة زوال التصرفات التى أبرمها الشركاء الآخرون على العين المبيعة، أما التصرفات التى صدرت من هذا الشريك فتبقى[1].

- أما إذا كان الراسى عليه المزاد أجنبيا، ففى هذه الحالة يكون رسو المزاد بيعا صادرا من الشركاء إلى هذا الأجنبى، وذلك فى العلاقة فيما بين الشركاء والراسى عليه المزاد. أما فيما يتعلق بالعلاقة فيما بين الشركاء أنفسهم فيعتبر هذا البيع أنه تم لحساب جميع الشركاء تمهيدا للقسمة، ولذلك ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذى رسا به المزاد.

ويترتب على ذلك أن حق كل شريك فى هذا الثمن لا يتحدد بصفة نهائية من وقت رسو المزاد بقدر حصته فى المال الشائع، وإنما يتوقف هذا التحديد على ما قد يؤول إلى الشريك من هذا الثمن عند إجراء القسمة بين الشركاء. فإذا آل الثمن كله إلى شريك واحد إعتبر هذا الشريك أنه قد اختص بمقتضى القسمة بالمال المبيع وأنه هو وحده الذى باعه للأجنبى، فلا تنفد الحقوق التى كان أى من الشركاء قررها على العقار أثناء الشيوع فى خصوص هذا المال. ولكى تبقى التصرفات التى أبرمها هو. أما إذا أسفرت القسمة على توزيع الثمن بين الشركاء إعتبروا جميعا بائعين وبقيت التصرفات التى أبرموها أثناء الشيوع فى خصوص المبيع.

د- الاتفاق الذى يترتب عليه اكتساب أحد الشركاء ملكية حصص باقى الشركاء: بحيث يصبح المال الشائع بموجبه مملوكا ملكية مفرز لهذا الشريك.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٥ ص ٢٢٨.

فهذا التصرف لا يعتبر تصرفا ناقلا بل هو مثل القسمة العينية يعتبر تصرفا كاشفا وتنطبق عليه أحكام القسمة[1]. مثل ذلك أن يبيع الشركاء المال الشائع كله إلا واحد منهم، ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل منهم، أو يشترى أحد الشركاء حصص الباقين الشائعة، فتخلص له ملكية المال الشائع كله[2].

وعلى عكس ما تقدم لا يترتب الأثر الكاشف على التصرفات التى تقتصر نتيجتها على مجرد إنقاص عدد الشركاء دون أن يترتب عليها إفراز للملكية. مثل ذلك أن يباع المال الشائع أو أحد الأموال الشائعة فى المزاد فيرسو مزاده على بعض الشركاء بالشيوع فيما بينهم، فيكون الشركاء الذين رسا عليهم المزاد خلفاء للشركاء الآخرين بقدر حصصهم. وكذلك بيع أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة لأحد الشركاء، فتتضاعف حصة المشترى مع بقاء أموال التركة الشائعة بينه وبين الشركاء الآخرين. وبالمثل إذا باع أحد الورثة حصته من التركة إلى باقى الورثة جميعا، وهذا هو التخارج.

فى كل هذه الصور لم تترتب على التصرف ملكية مفرزة، بل اقتصر أثر التصرف على إنقاص عدد الشركاء وزيادة فى مقدار الحصص الشائعة للشركاء الباقين أو أحدهم، فيكون التصرف فى هذه الحالات ناقلا، ويكون الشريك المشترى خلفا للشريك البائع فى حدود حصة هذا الأخير[3].

---

(١) ويشترط الرأى السائد فى الفقه الفرنسى، والذى يأخذ به القضاء، أن يكون هذا التصرف معاوضة حتى يعتبر معادلا للقسمة فى أثرها الكاشف. فإذا وهب أحد الشريكين حصته للآخر، أو وهب الشركاء حصصهم لأحدهم، فلا يكون للهبة أثر كاشف بل هى تصرف ناقل يكون للشريك الموهوب له خلفا للواهب رغم أنه قد ترتب على الهبة أن أصبح الشريك الموهوب له مالكا ملكة مفرزة للشئ كله أنظر: إسماعيل غانم، فقرة ١٢٦ ص ٢٨٢ والمراجع المشار إليها فى هامش ٢. على أن أقلية من الفقهاء ترى أنه لا مبرر لهذه التفرقة بين المعاوضة والتبرع طالما أنها تتفق فى نتيجتها وهى اختصاص الشريك بمال مفرز. وليس هناك ما يدعو إلى الخشية من التضحية بمصالح الشريك الواهب ودائنيه. إذ يستطيع هؤلاء حماية مصالحهم من طريق الدعوى البوليصية حيث أنه بواسطتها تصبح الهبة غير نافذة فى حقهم، أنظر فى تأييد هذا الرأى عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٥ ص ٢٣٠ وبصفة خاصة هامش ١ يلاحظ أنه فى هذه الحالة لا محل للطعن فى القسمة بالغبن.

(٢) ويترتب نفس الأثر لو كان البيع لأجنبى فباشر الشريك حقه فى الاسترداد أو الشفعة، إذ يحل الشريك المسترد أو الشفيع محل المشترى الأجنبى ويعتبر كأنه هو الذى تعاقد مع الشريك البائع من أول الأمر، فيترتب الأثر الكاشف على البيع المصحوب بالاسترداد أو الأخذ بالشفعة وينطبق عليه أحكام القسمة، إسماعيل غانم، فقرة ١٢٦ ص ٢٨٢ هامش ١ .

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٦ ص ٢٨٣ وأنظر فروض أخرى فى نفس الصفحة، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٥ ص ٢٣٠.

والأصل أن الأثر الكاشف لتصرف من التصرفات إنما هو مستمد من وظيفة التصرف ذاته، ولذلك فلا سلطان للإرادة فى تقريره لتصرف ناقل بطبيعته، كبيع العقار الشائع لأجنبى، أو استبعاده من تصرف كاشف بطبيعته كالقسمة أو بيع العقار الشائع إلى أحد الشركاء. لكن قد يكون للإرادة أثرا غير مباشر فى تقرير الأثر الكاشف للتصرف[1]. كما أنه يجوز الاتفاق على تطبيق حكم من أحكام التصرفات الناقلة على تصرف كاشف بطبيعته بشرط ألا يتعارض مع قاعدة آمرة وألا يكون من شأن تطبيق هذا الحكم مساس بالحقوق الغير[2].

٢- من حيث الأموال:

ينطبق الأثر الكاشف على كافة الأموال التى كانت شائعة فأفرزتها القسمة أو التصرف المعادل للقسمة، سواء كانت تلك الأموال عقارات أو منقولات، أو حقوقا ترد على أشياء غير مادية كالحق المالى للمؤلف على مصنفه.

كذلك يشترط أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة بأن كان شائعا فاقتصرت القسمة على مجرد إفرازه. ويترتب على ذلك أنه لا يكفى أن تثبت القسمة لأحد الشركاء حقاً من الحقوق لكى يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق.

وعلى ذلك إذا أثبت القسمة حقاً لأحد الشركاء على شئ لم يكن داخلاً من قبل فى نطاق الشيوع، فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق. تطبيقاً لذلك إذا لم يكن المعدل الذى التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الآخر مبلغاً من النقود، بل كان عقاراً يملكه فالقسمة فى هذه الحالة لا تكون كاشفة لملكية هذا المعدل، بل تكون ناقلة لملكيته من مالكه إلى المتقاسم

---

(١) أنظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٧ ص ٢٨٥. مثال ذلك يمكن إعتبار بيع أحد الشركاء المتعددين لحصته الشائعة إلى شريك آخر تصرفاً كاشفاً إذا تبين أن إرادة الشركاء إتجهت إلى إعتبار ذلك البيع مرحلة من مراحل القسمة وإدماجه فى نهاية المطاف فى عمليات القسمة ككل.

(٢) أنظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٧ ص ٢٨٥، ٢٨٦. مثال ذلك إتفاق المتقاسمين على أنه فى حالة ما إذا استحق للغير شئ مما إختص به أحدهم فى القسمة توجب الضمان على الباقين لا على أساس قيمة الشئ وقت القسمة (م ٨٤٤ مدنى) وإنما على أساس قيمته وقت الاستحقاق، كما هو الحال فى البيع (م ٤٤٣ مدنى).

الآخر، وبالتالى يصبح هذا الأخير خلفا للمتقاسم الأول، وتبقى التصرفات التى أبرمها المتقاسم الأول فى خصوص هذا العقار، كما يلزم التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتقاسمين، وتعتبر القسمة سند تمليك بالنسبة للمعدل وبالتالى تصلح سببا صحيحا فى التقادم الخمسى.

- ولا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية، إذ أن الشيوع لا يرد على هذه الحقوق، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصى فإن الحق ينقسم بينهم، وذلك ما لم يكن غير قابل للانقسام، إذ فى هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع. وعلى ذلك إذا توفى دائن عن عدة ورثة انقسم الحق بينهم، فيصبح الواحد منهم دائنا للمدين استقلالا بجزء من الدين بنسبة حصته فى التركة[1].

ومع ذلك فإن نص المادة ٩٠٧ مدنى مصرى يوحى بأن القسمة ترد على الحقوق الشخصية، حيث يقول "إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين التركة، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك". هذا النص قد ورد فى الفصل المخصص لتصفية التركات ومع ذلك فإنه ليس هناك من مبرر لقصره على التركات التى عين لها مصف، وبالتالى يكون عام التطبيق على كافة التركات ولذلك يبقى التساؤل قائما كيف يكون التوفيق بين هذا النص وبين مبدأ انقسام الحق بوفاة الدائن؟

يذهب الفقه فى مصر[2] إلى أن ما ورد فى النص من "اختصاص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة لا يعتبر قسمة بالمعنى الدقيق، وإنما هو حوالة إلى ذلك الوارث من الورثة الآخرين. فالحق قد انقسم عليهم جميعا بمجرد وفاة المورث فأصبح كل منهم دائنا بدين مستقل بقدر حصته فى الميراث، فإذا اتفقوا عند قسمة التركة على أن يكون الحق كله لأحدهم فإن معنى هذا أن كلا من

---

(١) هذا هو المبدأ المستقر في القانون الوضعي فى كل من مصر وسوريا. أما فى الفقه الإسلامى وفي القانون العراقى (م ٣٠٣/ ٢ مدنى) والقوانين التى استلهمت أحكامها مباشرة من الفقه الإسلامى، فإن الحق يعتبر "دينا مشتركا". ومقتضى ذلك ألا ينقسم الدين إلا فى علاقة الورثة بالمدين. بحيث لا يستطيع أى منهم أن يطالب المدين إلا بحصته فى الدين، أما فى علاقة الورثة بعضهم ببعض فإن الوارث إذا قبض حصته من المدين لم تخلص له فللورثة الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته، وهو يتحمل معهم تبعة إعسار المدين أنظر فى تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط جـ ٣ فقرة ١٥٠ _ ١٦٣ وأنظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ ص ٢٨٨ هامش ٢.

(٢) والفقه الفرنسى مختلف حول هذه المسألة أنظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ هامش ٢ ص ٢٨٩، ٢٩٠.

الورثة الآخرين قد حول حصته إلى ذلك الوارث. فيكون السند الذى انتقل به الحق إلى الوارث هو الميراث فى حدود حصته ذلك الوارث، ويكون الحوالة فيما زاد على تلك الحصة، وتكون "القسمة التى اختص فيها الوارث بدين للتركة تصرفاً ناقلاً – لا كاشفاً – لما زاد على حصة الوارث فى الحق الذى اختص به"[1].

ويترتب على اعتبار أن هذا التصرف حوالة أن أحكام الحوالة تنطبق عليه فى الحدود التى لا تتعارض مع طبيعته[2].

ب- نتائج الأثر الكاشف للقسمة

سوف نتبع هذه النتائج سواء على مستوى القواعد الخاصة بالقسمة بإعتبارها تصرفاً كاشفاً، أو على مستوى القواعد المترتبة على نفى الوصف الناقل للقسمة.

أولاً: فى مجال القواعد الخاصة بالقسمة بإعتبارها تصرفاً كاشفاً[3]

قد خص المشرع القسمة، بوصفها تصرفاً كاشفاً، بأحكام خاصة، سنعرض لهذه الأحكام فيما يلى:

١- مصير التصرفات التى انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشيوع:

تتجلى نتائج الأثر الكاشف للقسمة فى مصير التصرفات التى انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء الشيوع على المال الشائع فى إعتبار هذه التصرفات غير نافذة فى حق الشريك الآخر الذى وقع هذا المال أو جزء منه فى نصيبه عند القسمة. وذلك على أساس أن القسمة تقتصر على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم بتحديد نطاقه، لذلك فهى ليست سند تملك المتقاسم للنصيب المفرز الذى اختص به، وبالتالى لا يعتبر المتقاسم خلفاً للمتقاسمين الآخرين. ويترتب على ذلك إذا أبرم أحد الشركاء رهناً أثناء الشيوع، فلا ينفذ هذا الرهن فى حق شريك آخر وقع فى نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، وذلك سواء ورد الرهن على كل المال الشائع أو على جزء مفرز منه أو على حصة شائعة فيه.

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ ص ٢٩١، السنهورى، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٥٧٩ ص ٩٦٢، ٩٦٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٦ ص ٢٣٢.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ ص ٢٩١، ٢٩٢.

(٣) أنظر فى نفى ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٧ ص ٢١٦ وما بعدها.

٢- تسجيل القسمة:

يستلزم قانون الشهر العقاري تسجيل التصرفات الناقلة للملكية العقارية، كالبيع، ويترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير (م٩) أما التصرفات الكاشفة فلا يشترط تسجيلها إلا للاحتجاج بها على الغير فحسب (م ١٠/ ١)[١]. وقد حرص المشرع المصرى على أن ينص على هذا الحكم بالنسبة إلى القسمة بالذات، فنصت المادة ٢/١٠ على ما يأتى: "ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة". ويبرر هذه التفرقة أن التصرف الناقل ينقل للمتصرف إليه حقاً لم يكن له من قبل، فهو بذلك يكون أبعد أثراً من التصرف الكاشف الذى يستند إلى حق سابق فيقتصر على التعديل فى بعض عناصره على نحو معين. ومما تجدر ملاحظته أن قانون السجل العينى قد سوى بين التصرفات الكاشفة والناقلة واستلزم فى جمييع الأحوال قيدها لتكون حجة بين ذوى الشأن وبالنسبة إلى غيرهم (م ٢٧ من قانون السجل العينى).

وعلى ذلك فإن القسمة ترتب آثارها فيما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها، فيعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه. ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة. والغير هنا هو من تلقى حقاً عينياً على العقار الشائع قام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة[٢].

ومع ذلك يجب أن نأخذ فى الاعتبار أن اشتراط التسجيل للاحتجاج بالقسمة على الغير قد شرع لحماية هذا الغير الذى يراد الاحتجاج بالقسمة عليه، ولكنها ليست حماية مفروضة عليه. معنى ذلك أنه ليس هناك مايمنع من تمسك الغير بالقسمة فى مواجهة المتقاسمين رغم عدم تسجيلها، ولايجوز للمتقاسمين التمسك بعدم تسجيل القسمة. وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن"عدم تسجيل عقد القسمة لايمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً لذلك

---

(١) نقض ١٩٦٤/٤/٢ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٥٠٤ رقم ٣٦٤.

(٢) نقض ١٩٨٨/١/٢٠ الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق، نقض ١٩٨٨/٣/٣٠، الطعن ٦٠٤ لسنة ٥١ ق. مع ذلك قارن المادة ٢٧ من قانون السجل العينى.

حق طلب الشفعة. وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم، فعدم حصوله لايصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به"[1].

مما تجدر ملاحظته أنه بالنسبة للمناطق الخاضعة للسجل العينى فإنه ينبغى تسجيل القسمة لترتب آثارها سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير (م٢٧).

٣- الغبن فى القسمة:

سبق أن رأينا أن المشرع يجيز نقض القسمة الاتفاقية إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على خمس ما يستحقه (م ٨٤٥ مدنى مصرى). وهذا الحكم يقوم على تحقيق المساواة بين المتقاسمين، التى هى روح القسمة. وقد أدى ذلك إلى اختلاف تلك القواعد عن قواعد الغبن فى البيع، سواء من حيث شروط دعوى الغبن، أو من حيث ما يجب على الطرف الآخر أداؤه لتجنب نقض القسمة. وفكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ليست إلا نتيجة لطبيعة عقد القسمة بوصفه ليس ناقلاً لحق جديد، وإنما كاشف عن حق قائم يراد إيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاق المعنوى. ولذلك وجب أن يحصل كل متقاسم فى القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة، وذلك بصرف النظر عن طبيعة المال الشائع عقاراً كان أو منقولاً، وبصرف النظر عن أهلية المتقاسم، عكس الحال فى البيع حيث تقتصر دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن على بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية. فإذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد عن الخمس وجب تكملة نصيبه بتمامه، لا إلى أربعة الأخماس فحسب كما هو الحال فى البيع، حيث أن البيع يقوم على فكرة المضاربة، وهى لا تقتضى تعادلاً كاملاً بين الثمن الذى يحصل عليه البائع وقيمة الشئ المبيع.

٤- امتياز التقاسم:

قد قرر المشرع للشركاء الذين اقتسموا منقولاً (م ١١٤٦ مدنى مصرى) أو عقاراً (م ١١٤٩ مدنى مصرى) حق امتياز على ذلك المنقول أو العقار. ويهدف هذا الامتياز إلى ضمان حق كل متقاسم فى الرجوع على

---

(١) نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩، مجموعة عمر، جـ ٣ ص ٤٠٩ رقم ١٣٨، نقض ١٩٥٥/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض، س ٦ ص ٨٥١ رقم ١١١. ويلاحظ أن مالك العقار المجاور أو مشتريه لا يدخل في تعامل فى شأن العقار الذى تقاسمه أصحابه ولذلك لا يعتبر من الغير على النحو السابق بيانه فى المتن. ولذلك إذا تمسك بالقسمة غير المسجلة لا يتنازل عن حق قرره له القانون، وإنما هو يتمسك بهذه القسمة فى مواجهة المتقاسمين أنفسهم، حيث أن القسمة تنتج آثارها بالنسبة إليهم بغير حاجة إلى تسجيل.

المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بالمبالغ المترتبة على ضمان الاستحقاق، أو المطالبة بمعدل القسمة، أو المطالبة بحصته في الثمن الذى رسا به المزاد على أحد شركائه. والعلة في تقرير امتياز المتقاسم هى ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين. فهذه المساواة لن تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعه على المتقاسمين الآخرين، في حالة من الحالات السابقة، لمزاحمة دائنى مدينه وبالتالى عدم استيفاء حقه كاملاً ... وهذا ما يبرر الحكم الخاص الذى خص به المشرع امتياز المتقاسم وخرج به عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الامتياز بتاريخ قيده. فالمادة ١٠٣٩/ ٢ مدنى مصرى وإن كانت تجعل الرهن الذى انتقل بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التى كانت مرهونة في الأصل يحتفظ بمرتبته القديمة إذا تم القيد الجديد له طبقاً للإجراءات وفي المواعيد المنصوص عليها في المادة ١٣٠٩/ ٢ مدنى مصرى، إلا أنه يتأخر عن امتياز المتقاسم رغم أنه تالٍ في قيده لتاريخ قيد الرهن.

٥- ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة:

يتميز الضمان في القسمة أيضاً بأحكام خاصة تختلف عن أحكام الضمان في البيع وفي التصرفات الناقلة عموماً. وهذا ما سوف نراه فيما بعد.

ثانيا: في مجال القواعد المترتبة على نفى الوصف الناقل للقسمة

الفروق بين التصرفات الناقلة، والقسمة لن تقف عند ما نص عليه المشرع وإنما يجب أن تشمل كافة الفروق التى تستند إلى طبيعة التصرف الناقل ولو لم يرد بشأنها نص خاص. ويتجلى ذلك في الاحتجاج بالأثر الكاشف للقسمة على المتقاسم الذى يدعى تملك العقار بالتقادم، فلا تعتبر القسمة سببا صحيحا في التقادم الخمسى. كما يحتج بالأثر الكاشف للقسمة على الغير، فلا ترد عليها رخصة استرداد الحق المتنازع فيه. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

١- لا تصلح القسمة سببا صحيحا في التقادم الخمسى: سبق أن رأينا أن القسمة ليست سند تمليك للمتقاسم فيما آل إليه نتيجة القسمة وإنما كاشفة لحقه منذ بدء الشيوع ومحددة لنطاق هذا الحق، وبالتالى لا تصلح القسمة سببا صحيحا في التقادم الخمسى. ويرجع ذلك إلى أن السبب الصحيح هو التصرف الذى لولا صدوره من غير مالك لكان كافيا بذاته لنقل الملكية إلى المتصرف إليه (م ٩٦٩/ ٣ مدنى مصرى). فيكمل هذا النقص الجوهرى فيه بعنصرى الحيازة لمدة خمس سنوات وحسن نية الحائز. وعلى ذلك إذا اتضح أن العقار الذى اقتسمه المتقاسمون لم يكن مملوكا لهم، فلا يصح للمتقاسم، الذى سجل

القسمة وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه أن يستند إلى القسمة على إعتبار أنها سبب صحيح يخول له التملك بالتقادم إذا استمرت حيازته خمس سنوات. فالقسمة ليست سند تمليك لكل متقاسم فى الجزء المفرز الذى اختص به، وإنما هذا السند هو السند الأصلى للملكية الشائعة. فيتوقف التقادم الخمسى على طبيعة هذا السند الأصلى، فإن كان يتوافر فيه شروط السبب الصحيح، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار من غير مالكه، فإن ذلك العقد، وليست القسمة، هو الذى يعتبر سببا صحيحا. أما إذا كان السند الأصلى لا يصلح أن يكون سببا صحيحا، كالميراث. فلا يجوز التمسك بالتقادم الخمسى لا على أساس القسمة ولا على أساس الميراث، بل يتعين الرجوع إلى سند المورث ذاته.

٢- لا يصح استرداد المال المتنازع فيه عند قسمته: تنص المادة ٤٦٩ مدنى على أنه "١-إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عليه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتناول ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع"."٢- ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأن نزاع جدى".

هذه المادة وإن كانت تمثل قاعدة عامة بحيث لا تقتصر على البيع إلا أن شرط تطبيقها أن يكون التصرف ناقلا للحق المتنازع فيه. فالمادة ٤٦٩/ ١ مدنى صريحة فى أن يكون صاحب الحق المتنازع فيه قد "نزل عنه بمقابل إلى شخص آخر". والقسمة لا تتضمن معنى النزول من أى من المتقاسمين إلى الآخر، فهى ليست ناقلة بل كاشفة. كما أن مبنى دعوى استرداد الحق المتنازع فيه هو منع المضاربة وهذا غير متوافر فى القسمة وعلى ذلك إذا اقتسم الشركاء العقار الشائع، المتنازع فى ملكيته بينهم وبين شخص من الغير، فإنه لايجوز للطرف الآخر فى النزاع أن يسترد من أحد المتقاسمين الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه طبقا للمادة ٤٦٩ مدنى مصرى.

جـ- موقف المشرع وتقديره

تنص المادة ٨٤٣ مدنى مصرى على أن "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص"[1].

(١) وهذا النص مأخوذ عن نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى كما سبق القول.

ويلاحظ على هذه النصوص أنها قد اقتصرت على تكريس الأثر الرجعي للقسمة، وأغفلت أثرها الكاشف الذى أبرزه فقهاء القانون الفرنسى القديم. كان السبب فى هذا، كما يبدو، هو الخلط بين الأثر الرجعى والأثر الكاشف واعتبارهما مترادفان كما سبق أن بينا.

والأثر الرجعى للقسمة يراد به أن كل متقاسم يعتبر كأنه مالكاً ملكية مفرزة منذ بدء الشيوع للجزء الذى آل إليه بمقتضى القسمة. فواقعة الإفراز التى لم تتحقق إلا عند القسمة تستند بمقتضى هذا الأثر الرجعى إلى وقت بدء الشيوع. وواضح ما فى ذلك من مخالفة للحقيقة، إذ لا شك أنه فى الفترة ما بين الشيوع وحصول القسمة، وهى مدة قد تطول، لم تكن الملكية مفرزة، بل كان لكل شريك حق شائع يرد على العين كلها.

ولكن ما الذى دعا المشرع إلى الالتجاء إلى مخالفة الحقيقة وتقرير الأثر الرجعى؟ هذا الحكم ترديد أمين لما استقرت عليه التقاليد الموروثة وكان الغرض المقصود منه هو حماية المتقاسمين من الحقوق التى كانت قد تقررت من قبل أحدهما على العين الشائعة أثناء الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز خلوصاً كاملاً. فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف أثناء الشيوع فى جزء مفرز ثم تمت القسمة فوقع ذلك الجزء فى نصيب شريك آخر، فإن التصرف يعتبر نتيجة للأثر الرجعى قد صدر من غير مالك، وبالتالى فلن يكون له أثر فى مواجهة المالك، أى الشريك الذى اختص فى القسمة بذلك الجزء المفرز وهو يعتبر نتيجة للأثر الرجعى وكأنه كان يملك وحده ذلك الجزء وقت بدء الشيوع.

وبالرغم من سلامة المقصد إلا أن استخدام المشرع للمجاز فى صياغة النصوص يثير الكثير من الصعوبات عند التطبيق لاصطدامها بالواقع المعقد والمتشابك.

ولذلك إذا أخذت هذه النصوص بعباراتها المطلقة لأدى ذلك إلى نتائج شاذة وغير مقبولة. فإذا أخذنا بعبارة النص وقلنا أن كل متقاسم يصير مالكاً للجزء الذى آل إليه فى القسمة منذ تملك فى الشيوع وأنه لم يملك شيئاً غيره، لكان لكل شريك أن يتمسك بحقه فى كل الثمار التى أنتجها هذا الجزء منذ بدء الشيوع. كما يكون لكل شريك أن يتحلل من المصروفات التى دفعت أثناء

الشيوع على الأجزاء التى لم تقع فى نصيبه. وكان من مقتضى الأثر الرجعى للقسمة أيضاً أن يعتد فى تقويم الحصص عند القسمة بقيمة المال الشائع وقت بدء الشيوع لا وقت القسمة، كما أنه إذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشيوع يغير من القواعد المنظمة للقسمة، فإن هذا القانون لا يطبق على أساس أن القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشيوع أى من وقت سابق على صدور القانون الجديد[1]، وقد أخذ القضاء ببعض هذه الحلول.

هذه الأمثلة تكشف بجلاء خطر تطبيق النص الذى يقرر الأثر الرجعى على إطلاقه. ولذلك يذهب الفقه فى مجموعة إلى وجوب قصر تطبيق النص على الحالات التى تتحقق فيها الحكمة من وضعه. لكن هذا وحده لا يكفى لحسم كل خلاف وعلى الخصوص فى مجال القضاء. ولذلك يكاد يجمع الفقه على انتقاد النص ويطالب بضرورة إلغاؤه، ولكنه فيما وراء ذلك يختلف فى الحلول البديلة المقترحة على النحو الآتى:

ترى غالبية الفقهاء[2] أنه فى التصوير الحديث للملكية الشائعة وللقسمة لم تعد للأثر الرجعى ضرورة تقتضيه. فتصرف الشريك أثناء الشيوع فى الشئ الشائع، ولو أنه صادر من مالك، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل الشركاء لما فيه مساس بحقوقهم. ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذى تصرف فيه الشريك فى نصيب شريك آخر، إذ أن الشريك الذى إختص بذلك الجزء ليس خلفاً للشريك المتصرف، فالقسمة كاشفة لا ناقلة، فيظل التصرف غير نافذ وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز وتتحقق حمايته من الحقوق التى تقررت من قبل متقاسم آخر، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعى للقسمة.

ويذهب بعض أنصار هذا الرأى إلى أن نص المادة ٨٤٣ مدنى يتعارض مع نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى – ويرى أن نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدنى لا يقوم على أى افتراض مخالف للحقيقة وهى تتضمن قاعدة قانونية ذات تطبيق مباشر لا مجرد تصوير نظرى، وبالتالى يكون الأولى ترجيحه على

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٣١ ص ٢٩٥ – ٣٠٢ أورد العديد من المسائل التى يجب أن يستبعد فيها الأثر الرجعى.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥، حسن كيرة، فقرة ١١٨ ص ٢٢٣ وما بعدها، وبحثه فى تصرف الشريك فى جزء مفرز ص ٦٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٥٢ ص ٢٣٧ وما بعدها.

نص المـادة ٨٤٣ الذى يقوم علـى إفتراض مخـالف للحقيقـة. وترجيـح المـادة ٨٢٦/ ٢ يعنى فى الحقيقة أن الأثر الرجعى قد أصبح تصويراً عقيمـاً لا تترتب عليه أى نتائج فى القانون المصرى[١]. وينتهى هـذا الـرأى إلـى ضـرورة إلغـاء المادة ٨٤٣ مدنى مصرى[٢]. بينما يرى البعض الآخر منهم[٣] ضـرورة تعديل المـادة ٨٤٣ مدنـى بمـا يستبعد الأثـر الرجعـى للقسـمة ويـبرز أثرهـا الكاشـف. ويقترح أن يتم التعديل على النحو الآتى: "يعتبر المتقاسم مالكاً للنصيب المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع، وتكون ملكيته لـهذا النصيـب خالصـة من كل حق رتبه غيره من الشركاء"[٤].

ويذهب رأى آخر إلـى نتيجـة مناقضـة لذلك فيرى أن القسـمة ناقلـة بطبيعتها على نحو ما رأيناه فى القانون الرومانى، وأن نص المـادة ٨٤٣ الذى يقرر الأثر الرجعى، أو كما يقـال فـى الفقـه التقليـدى الأثـر الكاشـف، هو نـص مجازى أريد لوضعـه حمايـة المتقاسم مـن التصرفـات التـى أبرمـها غيـره مـن الشركاء أثناء الشـيوع علـى حصتـه الشـائعة بإنشـاء حـق عينـى عليـها، وعلـى الخصوص رهن الحصة الشائعة. وهذا الغـرض يمكـن تحقيقـه بوسـيلة أفضـل، هى نقل الحقوق التى رتبها الشريك على حقه الشائع إلى ما يقع فى نصيبـه عنـد القسمة. ويحسن إلغاء نص المادة ٨٤٣ لما يترتب عليه إذا ما فسر على المعنـى الظاهر من عبارته من نتائج غير مقبولة. فإذا مـا ألغـى هـذا النـص، زال السـند التشـريعى لوصـف القسـمة بأنـها كاشـفة، وبالتـالى لا يـرى فـى أحكـام القـانون الأخرى ما يدعو إلى القول بأنها كاشفة"[٥].

ويذهب أخيراً بعض الفقهاء إلى أنه لا ضـرر مـن إستبقاء المـادة ٨٤٣ مدنى كما هى، تخلع على القسمة أثراً كاشفاً وأثراً رجعياً فى وقت واحـد، علـى أن يكون هذا وذاك على سبيل الإفتراض القانونى أو المجاز. فتسـتخلص جميـع

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٢ ص ٣٠٨.
(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٣ ص ٣٠٩.
(٣) حسن كيرة، البحث السابق الإشارة إليه ص ٦٢.
(٤) أنظر فى انتقاد هذا التعديل السنهورى، جـ ٨ فقرة ٩٥٦، ٩٥٧.
(٥) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٨ ص ٢١٩، وبحثه فى تحليل أثر قسمة الأموال الشـائعة فـى مجـال العلوم القانونيـة والاقتصاديـة. سنة ١٩٦٤ ص ٢١١. وهـو يـرى إمكانية استخدام نظرية الحلول العينى لتحقيق الانتقال إلى ما يقـع فـى نصيـب الشـريك عند القسمة.

النتائج التى تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض، دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك[1].

ونحن نرى ضرورة وضع قاعدة قاطعة فى هذا الصدد لحسم الخلاف فى التطبيق فى مجال القضاء. ويجب ألا يترك استخلاص النتائج التى تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف الأثر الرجعى للقسمة، إلى محض تقدير القضاء فى هذا المجال الشائك، حيث أن هذا يؤدى إلى اضطراب فى الحلول وبالتالى عدم استقرار فى المعاملات.

وإذا كان من المسلم به أنه ليس هناك وجود لحقيقة مطلقة فى مجال القانون، فإن المنطق يقتضى الانحياز دائماً إلى ما يعتبر أقرب إلى طبيعة الأشياء. وبناء على ذلك فإننا نفضل أن يتدخل المشرع ليبرز الأثر الكاشف للقسمة باعتباره الأكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء مع الأخذ فى الإعتبار ما يحيط بفكرة الأثر الكاشف من ظلال، ووضع الحلول التفصيلية لها. وعلى ذلك لا يكفى مجرد إلغاء نص المادة ٨٤٣ مدنى مصرى حيث أن فكرة الأثر الكاشف للقسمة ليست فكرة مطلقة وقاطعة يسهل الوصول إليها وترتيب نتائجها دون نص صريح على ذلك.

ثانيا: الضمان فى القسمة

ضمان التعرض والاستحقاق:

تنص المادة ٨٤٤ مدنى مصرى على أنه "١- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٥٧٦ ص ٩٥٨. ويبدو أن القضاء المصرى يعتنق هذا الاتجاه فقد نصت محكمة النقض بأن المادة ٨٤٣ "قد دلت على أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعى فتعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق بوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها" نقض ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٢ ق .

العبرة فى تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين" "٢- غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى الإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه".

وعلى ضوء ذلك نجد أن ضمان المتقاسمين يقتصر على ما يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق. فلا ضمان للعيوب الخفية عكس الحال فى البيع. وذلك يرجع إلى أن وجود عيب خفى معناه أن النصيب الذى آل إلى المتقاسم قد انطوى على غبن لحقه فيكون له أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا كان هذا الغبن يزيد على الخمس.

كما يقتصر ضمان تعرض الغير على التعرض القانونى، أى التعرض الذى يستند فيه الغير إلى حق يدعيه. ويستوى أن يكون هذا الحق حق ملكية أو حقاً عينياً آخر، أو كان حقاً شخصياً يحتج به على المتقاسم ويكون من شأنه الانتقاص من قيمة ما آل إليه فى القسمة. مثال ذلك أن يتبين أن العقار الذى إختص به أحد الورثة فى القسمة كان مؤجراً من جانب المورث بأجر يقل عن أجر المثل.

ولا يحق للمتقاسم الرجوع بالضمان إلا إذا وقع التعرض فعلاً، فلا يكفى أن يتبين أن هناك حقاً للغير يخشى التعرض بسببه.

وإذا كان العقار الذى آل إلى المتقاسم محملاً بحق الارتفاق، افترض اشتراط عدم الضمان إذا كان هذا الارتفاق ظاهراً، أو أشير إليه عند القسمة. وكذلك الحكم بالنسبة لسائر التكاليف. وذلك كله قياساً على القرينة القانونية الواردة فى نص المادة ٤٥٥ مدنى بصدد ضمان خلو المبيع من حقوق الارتفاق[١].

ولنعرض الآن لأساس الضمان، ولشروطه، ولأحكامه.

أ- أساس الضمان:

هذا الضمان كان مقرراً فى القانون الرومانى حيث كانت القسمة ناقلة مثل البيع أو المقايضة. وبالرغم من العدول عن الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٥ ص ٣١٣.

للقسمة فإن هذا الضمان ما زال مقرراً لارتباطه بوظيفة القسمة ذاتها، وهي تحقيق المساواة بين المتقاسمين عن طريق حصول كل منهم على ما يوازى حصته الشائعة. ذلك أنه لو تلقى أحد المتقاسمين في القسمة عيناً معينة، ثم حكم لأجنبي بملكية تلك العين أو بجزء منها أو بتكليف عليها لسبب سابق على القسمة، فإن معنى هذا أن هذا المتقاسم لم يحصل على نصيبه أو أنه قد حصل على جزء منه فحسب، بينما حصل المتقاسمون الآخرون على أكثر من أنصبائهم التي يستحقونها.

وتدور أحكام الضمان القسمة حول هذا الأساس. ولذلك أن المشرع قد خص الضمان في القسمة بقواعد أكثر شدة منها في العقود الناقلة، كالبيع والمقايضة، حيث أن هذه العقود تقوم على فكرة المضاربة. لكن ليس معنى ذلك استبعاد القواعد التي نص عليها المشرع في التزام البائع بالضمان كلية، وإنما تطبق هذه القواعد على الضمان في القسمة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع طبيعة القسمة والأساس الذي تقوم عليه.

ب- شروط الضمان:

يتطلب القانون توافر شروط معينة لرجوع أحد المتقاسمين على الآخرين بالضمان على النحو الآتي:

١- يشترط أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجعاً إلى سبب سابق على القسمة. وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة. وعلى ذلك إذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة، فلا ضمان على المتقاسمين الآخرين ـ تطبيقاً لذلك إذا كسب الغير بالتقادم ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم، وكان هذا التقادم لم تكتمل مدته إلا بعد القسمة فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالضمان، لأن سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة، حيث كان في وسع المتقاسم أن يقطع التقادم بعد القسمة.

٢- يشترط ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه. مثل ذلك أن يدعي الغير حقاً سابقاً على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، أو أن يهمل المتقاسم في أن يطلب من شركائه التدخل في دعوى

الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى، أو قصر في أن يدفع الدعوى بدفع يؤدى إلى رفضها.

٣- ويشترط ألا يكون هناك اتفاق صريح يقتضى بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التى نشأ عنها. وعلى ذلك فلا يكفى لإسقاط الضمان أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذى قد يؤدى إلى الاستحقاق. كما لا يكفى لذلك أن يكون هناك شرط عام يعفى من الضمان، كما هو الحكم فى البيع. بل يتشدد المشرع بصدد القسمة ويتطلب أن يكون هناك اتفاق يذكر صراحة سبب الاستحقاق الذى يراد الإعفاء من الضمان فى شأنه فيقتصر الإعفاء عليه. وذلك اتساقا مع الأساس الذى تقوم عليه القسمة وهو تحقيق المساواة فيما بين المتقاسمين.

ولا يشترط أن يرد الشرط الخاص الصريح بالإعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته.

جـ- أحكام الضمان:

إذا وقع تعرض للمتقاسم وتوافرت شروط الضمان وأخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير، وجب عليهم التدخل فيها إلى جانب المتقاسم للاشتراك معه فى الرد على دعوى المدعى. فإذا لم يتدخل المتقاسمين فى الدعوى، رغم إخطارهم فى الوقت الملائم، ثم حكم بالاستحقاق للمدعى، وجب عليهم ضمان الاستحقاق.

والتزام المتقاسمين بضمان الاستحقاق يتمحض عن تعويض المتقاسم مستحق الضمان عما نقص فى نصيبه نتيجة لثبوت حق الغير. وتوزع الخسارة الناجمة عن الاستحقاق على المتقاسمين جميعا، بما فيهم المتقاسم مستحق الضمان، بنسبة حصة كل منهم. وذلك لأن سبب الاستحقاق سابق على القسمة مما يؤدى إلى انتقاص ما كان يجب أن تنصب عليه القسمة من أموال. وتحقيقا للمساواة الفعلية بين المتقاسمين قرر المشرع أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين (م ٨٤٤/ ١ مدنى مصرى).

* والعبرة فى تقدير الشئ الذى استحق بقيمته وقت القسمة، لا وقت الاستحقاق، على خلاف الحكم فى الضمان فى البيع، ويرجع ذلك إلى اختلاف

الأساس الذى يقوم عليه الضمان. فالأساس فى القسمة هو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين بتحميل كل منهم جزء من الخسارة الناتجة عن الاستحقاق، والمساواة إنما تكون وقت القسمة لا بعدها. أما البيع فهو عقد مضاربة، وأساس التزام البائع بالضمان فيه هو ضرورة حصول المشترى على القيمة التى تمثلت فى المبيع، وهذه القيمة قد تزيد أو تنقص بعد البيع، ولذلك كانت العبرة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق.

كما يشمل التعويض عن الاستحقاق قيمة الثمار التى ألزم المتقاسم بردها للمستحق، والمصروفات التى أنفقها على الشئ إذا لم يكن المستحق ملزما بها، ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق. وذلك قياسا على الضمان فى البيع (م ٤٥٣/ ٢ – ٤ مدنى مصرى) [١].

ويكون حق المتقاسم مستحق الضمان فى الرجوع على الآخرين مضمونا بامتياز المتقاسم (م ١١٤٦ فى المنقول، ١١٤٩ فى العقار).

ولا ينشأ الالتزام بالتعويض إلا من وقت الاستحقاق، فتحتسب مدة التقادم المسقط، وهى خمس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة من ذلك الوقت (م ٣٨١/ ٢ مدنى مصرى).

الفرع الثانى

صور خاصة من الملكية الشائعة

عنى المشرع بتنظيم صورة خاصة جديدة للملكية الشائعة وهى ملكية الأسرة. كما بين الشيوع الإجبارى، وقد حرص بوجه خاص على تنظيم صورتين من صوره، وهى الشيوع فى ملكية الحائط المشترك، وقد سبق أن درسناها بصدد دراسة القيود التى ترجع إلى التلاصق فى الجوار، والشيوع فى ملكية الأجزاء المشتركة فى المنازل المقسمة طبقاتها أو شققها إلى ملكيات مفرزة.

وعلى ذلك سنتولى دراسة ملكية الأسرة فى مبحث أول ثم نعرض لأحكام الشيوع الإجبارى فى مبحث ثان.

المبحث الأول

ملكية الأسرة

ونتولى دراسة ملكية الأسرة من حيث تعريفها، وشروط إنشائها ومدتها، وأحكامها.

---

(١) انظر نبيل سعد، العقود المسماه، عقد البيع، الطبعة الثانية ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة ص ٢٧٣ ومابعدها.

أولا: تعرف ملكية الأسرة

استجابة لاعتبارات معينة استحدث المشرع المصرى نظام ملكية الأسرة. فقد لوحظ أن كثير ما يحدث أن يبقى أفراد الأسرة فى الشيوع بالنسبة للأموال التى ورثوها مدة طويلة، وذلك لما يجمع بينهم من وحدة العمل أو المصلحة. كما لو كانت التركة مالا من أموال الاستغلال كأرض زراعية أو محل تجارى يستغلونه جميعا معا. وإما أن تكون العين الموروثة منزلا يسكنونه جميعا. ولذلك أفرد المشرع لملكية الأسرة تنظيما خاصا تراعى فيه تلك الرابطة الخاصة التى تربط المشتاعين فيما بينهم وهم أعضاء أسرة واحدة. ولكنه جعل تطبيق هذا النظام متوقفا على إتفاقهم على إنشاء ملكية الأسرة.

وعلى ذلك فملكية الأسرة عبارة عن ملكية شائعة تنشأ بإتفاق أعضاء الأسرة. ولنر شروط وأحكام هذه الملكية.

ثانيا: شروط ملكية الأسرة

تنص المادة ٨٥١ مدنى على أن "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية".

وعلى ضوء ذلك يتبين لنا أنه يجب لإنشاء ملكية الأسرة أن تتوافر الشروط الآتية:

١- من حيث الأشخاص يشترط أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة.

ويلجأ بعض الفقهاء[1] لتحديد المقصود بالأسرة فى مفهوم هذا النص إلى المادة ٣٤ مدنى والتى تنص على أن "١- تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه" "٢- ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك". وتطبيقا لذلك لا تنعقد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.

---

(١) محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٦، محمد كامل مرسى، جـ ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ هامش ١ حسن كيرة، فقرة ١٢٦ ص ٢٣٨، عبد المنعم البدراوى، فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦.

هذا المفهوم الضيق للأسرة لا يتفق مع العلة من تقرير نظام ملكية الأسرة. فالعلة من قيام ملكية الأسرة هي الرابطة القوية التي تقوم بين أعضائها على أساس وحدة العمل أو المصلحة. وعلى ذلك يجب أن يؤخذ بمفهوم واسع للأسرة وبشرط أن تتوافر بين أعضائها الرابطة القوية. فتشمل الأسرة الأقرباء بالنسب، وكذلك الزوج والزوجة[1].

٢- من حيث الأموال: يشترط في الأموال التي يقدمها أعضاء الأسرة لإنشاء ملكيتها أن تكون مملوكة لهم وقت الاتفاق. ولذلك لا يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة بالأموال التي ستؤول إلى أعضائها في المستقبل.

ومصدر هذه الأموال قد يكون تركة يستبقيها الورثة على الشيوع لتدار إدارة مشتركة. وعلى ذلك فإنه يسبق إنشاء ملكية الأسرة في هذه الحالة شيوع عادي في الملكية بين الأعضاء وهذه هي الصور الغالبة. وقد يكون مصدر هذه الأموال أموال مملوكة لأعضاء ملكية مفرزة، أو يكون بعضها مملوكا على الشيوع والبعض الآخر مملوكا ملكية مفرزة يتفق الأعضاء فيما بينهم على تقدمتها لإنشاء ملكية الأسرة - ويستوي أن تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات. على أنه بالنسبة للعقارات لن تنشأ ملكية الأسرة، ولو كانت تلك العقارات مملوكة على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق، إلا بالتسجيل، تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري.

٣- من حيث الشكل: يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا. والكتابة هنا شرط للانعقاد لا للإثبات. فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلا، ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه اليمين - ولكن لا يشترط فيه الرسمية، فيكفي فيه الكتابة في ورقة عرفية.

ويشترط في هذا الاتفاق أن تتوافر لدى أعضاء الأسرة المتعاقدين أهلية التصرف، لأن الذي يضع ماله في ملكية الأسرة تتقيد حريته في التصرف فيه كما سنرى.

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٤٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٤ ص ٢٣٢، ٢٣٣، عبد المنعم فرج الصدة؛ فقرة ١٦٧ ص ٢٥٨ ويدخل في مفهوم الأسرة الأصهار، السنهوري، جـ ٨ فقرة ٦٤٣ ص ١٠٤٧ ويرى لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتضى لذلك.

ثالثا: مدة ملكية الأسرة

تنص المادة ٨٥٢ مدنى مصرى على أنه "١- يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذ وجد مبرر قوى لذلك. ٢- وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه".

يتضح من ذلك أن المشرع قد فرض حدا أقصى، للمدة التى يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الأسرة خلالها، وهو خمس عشرة سنة. وفى هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادى الذى لا يجوز الاتفاق على البقاء فيه مدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى مصرى). ولكن هذا الحكم لا يمنع بعد انقضاء المدة المتفق عليها من تجديدها بالاتفاق على مدة أخرى، تسرى من وقت الاتفاق. وعلى ذلك فإن ملكية الأسرة لا تتجدد لمجرد انقضاء مدتها دون أن يقوم الشركاء بالقسمة، بل تنقلب إلى ملكية شائعة شيوعا عاديا. وإذا اتفق على مدة تزيد على خمس عشرة سنة، انقصت هذه المدة إلى هذا الحد.

ولا يجوز للشريك أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها. غير أن المشرع قدر أنه قد يطرأ أثناء هذه المدة ما يجعل أحد الشركاء فى حاجة إلى إخراج نصيبه. ولذلك أجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر، أو احتاج إلى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل فى تسويته.

وإذا لم تحدد مدة هذه الملكية، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى ذلك.

رابعا: أحكام ملكية الأسرة

مما تجدر ملاحظته أن ملكية الأسرة تعتبر ملكية شائعة بين الأعضاء، أى هى ملكية تعدد فيها الملاك. وعلى ذلك فإن الأموال المكونة لملكية الأسرة تعتبر ملكا لكل عضو من الأعضاء ولا تعتبر ملكا لمجموع الأعضاء ككل أو كشخص اعتبارى.

وعلى ذلك فإن أحكام ملكية الأسرة تتميز عن أحكام الشيوع العادى من ناحيتين: الأولى بالإدارة، والثانية تتعلق بالتصرف.

١ ـ فيما يتعلق بالإدارة: فإنه يجب أن يكون لملكية الأسرة مديرا، وأن يكون هذا المدير من بين الشركاء. والذى يعين هذا المدير الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص. وعلى ذلك لا يجوز للأغلبية أن تعين مديرا أجنبيا، على خلاف الحال فى الشيوع العادى. كما أن المدير فى ملكية الأسرة يتمتع بسلطات أوسع من سلطات المدير فى الشيوع العادى، فرغم أنه يعين بالأغلبية العادية فإن له القيام بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة. فقد نصت المادة ٨٥٤/ ١ مدنى مصرى على أن "للمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك". وليس للأقلية أن تعترض على عمل معين من أعمال الإدارة، ولكن لكل شريك أن يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك. كما يجوز للأغلبية التى عينت المدير أن تعزله، ولو كان هناك اتفاق على غير ذلك (م ٨٥٤/ ٢ مدنى مصرى).

ويجوز لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصباء، بدلا من أن تعين مديرا لملكية الأسرة، أن تتصدى مباشرة للإدارة، فتباشر ما تراه من أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة، دون أن يكون للأقلية حق الاعتراض أمام القضاء.

٢ ـ فيما يتعلق بالتصرف: فالقاعدة أنه لا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى إلا بموافقة الشركاء جميعا (م ١/٨٥٣ مدنى مصرى) ويستوى أن يكون هذا التصرف معاوضة أو تبرعا. ويستوى أن يكون هذا التصرف بالنزول عن الحصة للغير أو برهنها إليه. لكن يجوز له أن يتصرف فى نصيبه لأحد الشركاء. كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن ينفذ دائن أحد الشركاء على نصيبه فيباع جبرا لأجنبى.

وإذا تملك أجنبى حصة أحد الشركاء، سواء كان ذلك فى بيع جبرى أو فى بيع إختيارى وافق عليه سائر الشركاء، فإن هذا الأجنبى لا يصبح شريكا فى ملكية الأسرة إلا باتفاق بينه وبين هؤلاء الشركاء (م ١/٨٥٣ مدنى مصرى) فإذا لم يتفق على ذلك، فإنه يتعين إخراج الحصة التى آلت إلى أجنبى. وذلك للحفاظ على الغرض الذى أنشئت من أجله ملكية الأسرة.

وفيما عدا الأحكام السابقة الخاصة بالإدارة والتصرف تطبق قواعد الملكية الشائعة، أى قواعد الشيوع العادى، على ملكية الأسرة. كما تطبق قواعد الوكالة فى العلاقة بين الشركاء والمدير، وفى علاقتهم بالغير الذى تعامل مع هذا المدير (م ٨٥٥ مدنى مصرى).

المبحث الثانى

الشيوع الإجبارى

وفى هذا الصدد سنعرض على التوالى للأحكام العامة فى الشيوع الإجبارى، ثم نعالج الصورة الباقية والتى لم نعالجها من قبل وهى ملكية الطبقات أو الشقق، حيث أنه قد سبق وأن عالجنا الصورة الأخرى الخاصة بالحائط الفاصل المشترك عند دراسة القيود المتعلقة بالتلاصق فى الجوار.

المطلب الأول

الأحكام العامة

وفى هذا الصدد سنعرض لحالاته، ولطبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى، وحقوق الشركاء، والتزاماتهم.

أولا: حالات الشيوع الإجبارى

الشيوع الإجبارى هو الشيوع الدائم الذى ليس للشركاء فيه طلب القسمة، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٥٠ مدنى مصرى بقولها أن "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع".

والشيوع الإجبارى نوعان:

١- الشيوع الإجبارى الأصلى: وهو الشيوع الذى يكون محله أشياء مخصصة بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد، كمبانى المدافن العائلية فى الجبانات.

٢- الشيوع التبعى: وهو الشيوع الذى يكون محله أشياء مملوكة على الشيوع لعدة ملاك مختلفين ومخصصة لخدمة عقارات يملكها كل منهم ملكية مفرزة. وهذه الصورة لها أهمية فى الحياة العملية. من صوره حالة الحائط

المشترك، (م ٨١٤ ـ ٨١٧ مدنى مصرى) وسبق لنا دراسته. وحالة الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات أو الشقق (م ٨٥٦ ـ ٨٦٩ مدنى مصرى) وهناك صور عديدة أخرى للشيوع الإجبارى.

والشيوع الإجبارى، سواء كان أصليا أو تبعيا، يمثل وضعا عاديا، ويستجيب لإعتبارات اقتصادية تبرره، وذلك على خلاف الشيوع العادى الذى يمثل وضعا استثنائيا. ونتيجة لهذا الاختلاف تباينت القواعد المنظمة لكل منهما.

ثانيا: طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى

حق الشريك فى الشيوع الإجبارى هو حق ملكية، وهذا الحق يرد على الشئ الشائع فى مجموعة ولا يتركز فى جزء معين منه. وهو فى ذلك لا يختلف عن حق الشريك فى الشيوع.

وقد أدى إتحاد الهدف العملى فى كل من الشيوع الإجبارى وحق الارتفاق إلى اعتقاد بعض الفقهاء فى أن الشيوع الإجبارى ينطوى على ملكية مفرزة لكل شريك مع تحمل هذه الملكية بحق ارتفاق للشركاء الآخرين. فالهدف العملى المقصود من نظام الشيوع الإجبارى التبعى هو تيسير الانتفاع بالعقارات التى يملكها كل من الشركاء ملكية مفرزة وهو ما يمكن الوصول إليه أيضا عن طريق تقرير حق ارتفاق على ملكية مفرزة لأحدهم. فمثلا يستطيع المتقاسمون بدلا من إبقاء الفناء أو الممر أو المسقاة مثلا فى الشيوع، أن يضعوه فى نصيب أحدهم مع تقرير حق ارتفاق عليه لفائدة الأجزاء التى اختص بها الباقون. لكن اتحاد الهدف العملى على هذا النحو لا يعنى اتحاد النتائج القانونية. ولذلك أجمع الفقه والقضاء على رفض هذا التصوير للشيوع الإجبارى. واستقر الفقه والقضاء على أن الشيوع الإجبارى التبعى وحقوق الارتفاق نظامان قانونيان يتميز كل منهما عن الآخر ويتجلى هذا الإختلاف فى القواعد الآتية:

١ـ لا يسقط حق الشريك بعدم الاستعمال مهما طالت مدته، وذلك على خلاف حق الارتفاق (م ١٠٢٧/ ١ مدنى مصرى).

٢ـ يجوز، بشروط محددة، لمالك العقار المرتفق. طلب نقل الارتفاق من موضعه الأصلى إلى موضع آخر من العقار أو إلى عقار آخر (م ١٠٢٣/ ٢ مدنى مصرى) وهذا الحكم لا محل لتطبيقه فى الشيوع الإجبارى.

٣- للشريك فى الشيوع الإجبارى أن يستعمل الشئ الشائع فى كل ما لا يتعارض مع الغرض المخصص له وبشرط ألا يحول ذلك دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم. أما استعمال صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق به قاصر على حدود حق الارتفاق المخول له.

٤- للشريك فى الشيوع الإجبارى أن يحدث فى الشئ الشائع من التعديلات ما يحقق له منفعة شخصية دون حاجة إلى موافقة شركائه بشرط ألا يترتب على تلك التعديلات منع شركائه من استعمال الشئ الشائع فيما خصص له. أما صاحب الارتفاق فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل يكون من شأن الزياد فى عبء الارتفاق على العقار المرتفق به.

٥- للشريك فى الشيوع الإجبارى الحق فى أن يدفع اعتداء الغير على العقار الشائع، أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له فى دفع تعدى الغير ما دام هذا التعدى لا يمس حقه فى الارتفاق[1].

ثالثا: حقوق والتزامات الشركاء

يحق للشريك فى الشيوع الإجبارى أن يستعمل الشئ المشترك كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة، وذلك بقيدين، الأول: ألا يتعارض هذا الاستعمال مع الغرض الذى خصص له والثانى: وألا يكون من شأن هذا الاستعمال الإضرار بالشركاء الآخرين. ومثال للقيد الأول ليس للشريك فى الشيوع الإجبارى التبعى أن يستعمل الشئ الشائع لخدمة عقارات أخرى غير تلك التى خصص الشئ لخدمتها. ومثال للقيد الثانى ليس للشريك فى المسقاة أن يروى أرضه على وجه يحول بين شركائه وبين رى أراضيهم منها.

كما يجوز للشريك فى الشيوع الإجبارى، فى نفس الحدود السابقة، أن يحدث من التعديلات فى الشئ الشائع ما يحقق له منفعة شخصية دون حاجة للحصول على موافقة شركائه، على أن يتحمل هو نفقات هذه التعديلات وحده، وذلك على خلاف الحال فى الشيوع العادى.

لا يجوز للشريك فى الشيوع الإجبارى أن يطلب القسمة لأن ذلك يتعارض مع الغرض الذى أعد له المال الشائع (م ٨٥٠ مدنى مصرى) كما لا يجوز للشريك أن يتصرف فى حصته تصرفا يتعارض مع ذلك الغرض. ففى

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك إسماعيل غانم، فقرة ١٤٥ ص ٣٣٣٠ وما بعدها.

الشيوع الإجبارى الأصلى ليس للشريك فى مدافن الأسرة مثلا أن يتصرف فى حصته إلى أجنبى وليس لدائنيه الحجز عليها. وفى الشيوع الإجبارى التبعى لا يجوز إبرام تصرف أو توقيع حجز على الحصة الشائعة إلا مع العقار الذى تعتبر من توابعه.

يلتزم الشركاء فى الشيوع الإجبارى، كما هو الحال فى الشيوع العادى بالمساهمة فى نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وفى الضرائب وسائر التكاليف المقررة عليه[1].

المطلب الثانى

ملكية الطبقات أو الشقق

يقصد بملكية الطبقات أو الشقق حالة البناء الذى يتعدد ملاكه بحيث يكون لكل منهم طابق أو شقة يملكها ملكية مفرزة.

وتنشأ ملكية الطبقات أو الشقق من أسباب مختلفة، منها أن يوصى أب لكل من أولاده بطابق أو شقة فى المنزل الذى يملكه، ومنها أن يبيع مالك منزل طبقاته أو شققه لملاك مختلفين كل منهم يملك ملكية مفرزة، أو أن يشترك عدد من الأشخاص فى بناء منزل على أن يكون لكل منهم طابق أو شقة مملوكة ملكية مفرزة. والصورة الغالبة حاليا أن تقوم الشركات أو الجمعيات أو النقابات ببناء منازل لبيع طبقاتها أو شققها إلى الجمهور أو الأعضاء.

١- الصورة الأولى هى ملكية السفل وملكية العلو، وهى صورة مستمدة من الفقه الإسلامى. وتتمثل هذه الصورة فى تقسيم البناء إلى طبقات تكون كل منها مملوكة بأكملها ملكية مفرزة، فيكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا ملكية خالصة لطبقة بنائه بما فيها من جدران وأرضية وسقف ونوافذ وأبواب. ويملك صاحب السفل الأرض التى يقوم عليها البناء كله. ويكون لصاحب العلو حق القرار على السفل. (م ٨٥٩ – ٨٦١ مدنى مصرى).

---

(١) والمساهمة تكون بنسبة حصته فى المال الشائع فى الشيوع الإجبارى الأصلى ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك. وبالنسبة للحائط المشترك بنسبة حصته فيه والقاعدة هى احتساب الحصص متساوية ما لم يقم الدليل على غير ذلك (م ٨١٤ مدنى مصرى) وبالنسبة للأجزاء المشتركة، بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار (م ٨٥٨ مدنى مصرى) ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

٢- الصورة الثانية وهى الملكيات المفرزة والشيوع الإجبارى. وتتمثل هذه الصورة فى تقسيم البناء إلى طبقات أو شقق تكون كل منها مـ ـركـة ملكية مفرزة بالإضافة إلى أجزاء شائعة شيوعا إجباريا، وهى الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك كالأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية فضلا على الأرض التى يقوم عليها البناء. (م ٨٥٦ ـ ٨٥٧ مدنى مصرى) وقد استمد القانون هذا النظام من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨، وبالإضافة إلى نظام اتحاد ملاك الطبقات (م ٨٦٢ ـ ٨٦٩ مدنى مصرى).

ويختلف تنظيم الصورة الأولى عن تنظيم الصورة الثانية. ويعتبر تنظيم الصورة الثانية هو الأصل الواجب التطبيق ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه.

أولا: الملكيات المفرزة والشيوع الإجبارى

هذا هو النظام الأساسى لملكية الطبقات أو الشقق ويقوم على أن البناء مقسم إلى طبقات أو شقق تكون مملوكة ملكية مفرزة بالإضافة إلى الأجزاء المشتركة التى تكون شائعة شيوعا إجباريا. وهذا يقتضى بطبيعة الحال تنظيم اتحاد الملاك للطبقات أو الشقق ليتولى إدارة الأجزاء الشائعة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ- الأجزاء المفرزة:

حقوق الملاك والتزاماتهم:

تشمل الأجزاء المفرزة الطبقات أو الشقق التى ينقسم إليها البناء والتى تكون مملوكة ملكية مفرزة لأحد الملاك. ويدخل فى الطبقة أو الشقة ما هو معد للاستعمال الخاص للمالك. فتشمل ما يوجد فيها من حواجز فاصلة بين الحجرات، وأدوات وأنابيب، وكذلك الأبواب والنوافذ والشـ[illegible] الرئيسية والأرضية والسقف فهى من الأجزاء المشتركة، ولكن ما يكسو هذه الأرضية أو السقف أو الجدران من بلاط وأخشاب ومصيص أو بياض تكون ملكا خاصا لمالك الطبقة أو الشقة.

ولكل مالك على الأجزاء الخاصة به حق ملكية مفرزة. فيتحمل وحده ما يقتضيه من نفقات، ولـه أن يباشر عليه كافة سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف ما لم يرد على ذلك من قيود بمقتضى اتفاق خاص.

وسلطات المالك مقيدة بالقيود التى ترد على حق الملكية بوجه عام ومن بينها واجب عدم الغلو فى استعمال الحق إلى الحد الذى يضر بالجار ضررا غير مألوف. بل إن أهمية هذا القيد تتجلى بشكل واضح فى نطاق ملكية الطبقات والشقق، نظرا للجوار الخاص الذى يربط الملاك بعضهم ببعض. وعلى ذلك لا يجوز لأى منهم أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو أن يغير من شكله أو مظهره الخارجى أو يشوهه.

وعلى كل من الملاك أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضيه طبقته وسقفها حتى لا يحدث ذلك ضررا بهذه الأجزاء المشتركة.

ب- الأجزاء المشتركة:

ونعرض هنا لنطاقها وحقوق الملاك والتزاماتهم، ثم بعد ذلك نتكلم عن إدارتها.

١- نطاقها وحقوق الملاك والتزاماتهم:

ترد الملكية الشائعة فى البناء المكون من طبقات وشقق على الأجزاء المشتركة المعدة لاستعمال الملاك جميعا.

ولذلك تنص المادة ٨٥٦/ ١ مدنى مصرى على أنه "إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها فإنه يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الأساسات والجدرات الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممررات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه".

يتضح من كل ما تقدم أن العبرة فى تحديد الأجزاء المشتركة هى بأن تكون هذه الأجزاء معدة للاستعمال المشترك لجميع الملاك، ما لم يوجد فى سند الملك ما يخالف ذلك. وقد اقتصر النص على ذكر الأجزاء المشتركة الهامة، وهذا التعداد وارد على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

ومنعا لأى لبس قررت المادة ٨٥٦/ ٣ مدنى مصرى أن "الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين" وبالتالى لا تعتبر من الأجزاء المشتركة.

وتعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة لملاك الطبقات أو الشقق ملكية شائعة شيوعا إجباريا. وهذه الأجزاء تابعة أو ملحقة بملكية الطبقات أو الشقق ويكون لكل مالك من ملاك الطبقات أو الشقق، فى سبيل الإنتفاع بملكه، أن يستعمل الأجزاء المشتركة بحرية تامة، وأن ينتفع بها وذلك فى حدود الغرض الذى أعدت له وعلى ألا يحول بذلك دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم (م ٨٥٧/ ١ مدنى مصرى).

ولا يجوز لأى من ملاك الطبقات والشقق إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك، حتى عند تجديد البناء إلا إذا توافر شروط أربعة:

١- أن يكون هذا التعديل على نفقته الخاصة.

٢- يكون من شأن هذا التعديل أن يسهل من استعمال تلك الأجزاء.

٣- وألا يكون من شأنه التغيير فى تخصيصها.

٤- وألا يكون من شأنه الإضرار بالملاك الآخرين (م ٨٥٧/ ٢ مدنى مصرى).

لا يجوز لأى من ملاك الطبقات أو الشقق التصرف فيها أو فى بعضها استقلالا عن الطبقة أو الشقة التى يملكها. وذلك بإعتبار أن حق كل مالك يتبع حكما ملكيته للطابق أو الشقة، ولا ينفصل عنها فى جميع الحالات. ولهذا فإن المتصرف فى الطابق أو الشقة أو الحجز على أى منهما يشمل كذلك الأجزاء المشتركة بإعتبارها ملحقة به (م ٨٥٦/ ٢ مدنى مصرى).

وفى مقابل ذلك يقع على عاتق ملاك الأجزاء المشتركة عدة التزامات. فلا يجوز لأى منهم طلب قسمتها. فهذه الأجزاء لا تقبل القسمة (م ٨٥٦/ ٢ مدنى مصرى) كما يجب أن يشترك كل مالك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها. وكذلك المصروفات التى تنشأ بسبب الخدمات العامة كمصروفات الإنارة والمياه والنظافة للأجزاء المشتركة، علاوة على أجور العمال الذين يؤدون أعمالا تعود بالنفع على الجميع، كالحارس.

ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التى يملكها، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ٨٥٨/ ١ مدنى مصرى). لكن إذا تسبب أحد الملاك فى زيادة النفقات المشتركة، كان وحده مسئولا عنها. لا يحق للمالك ان يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى هذه التكاليف (م ٨٥٨ /٢ مدنى مصرى). وذلك استثناء من القواعد العامة. ويرجع ذلك إلى أن انتفاع المالك بملكيته المفرزة يفترض بالضرورة الانتفاع بالأجزاء المشتركة. ولكنه يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام إذا هو تخلى عن ملكيته المفرزة وعن حقه على الأجزاء المشتركة.

٢- إدارة الأجزاء المشتركة:

وجود أجزاء مشتركة فى البناء معدة للاستعمال الدائم من جانب ملاك هذا البناء يقتضى وجود هيئة تقوم على إدارتها حتى تكفل حق الانتفاع بها من جانب الجميع.

هذه الهيئة يطلق عليها القانون المصرى "اتحاد ملاك طبقات أو شقق البناء الواحد". وتشكل هذه الهيئة من ملاك الطبقات والشقق، فيما بينهم بقصد إدارة الأجزاء المشتركة فى العقارات المبنية.

وتنص المادة ٨٦٢ مدنى مصرى على أنه "حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق، جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم.

٢- ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها".

وبمقتضى قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى مصر أصبح هذا الاتحاد وجوبيا إذا جاوز عدد الطوابق أو الشقق خمسة (م ٧٣ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧).

على ذلك فإن ملاك الطبقات والشقق إذا جاوز عددهم خمسة يجب عليهم تكوين اتحاد فيما بينهم لإدارة الأجزاء المشتركة فى البناء. ويتكون هذا الاتحاد من جميع الملاك.

ولم يعد الغرض من تكوين الاتحاد قاصرا فقط على إدارة المشتركة فى العقارات المبنية، وإنما يجوز أن يكون الغرض من تكوينه بناء العقارات أو شراؤها لتوزيع ملكية أجزائها على الأعضاء.

ويتمتع الاتحاد بالشخصية الاعتبارية بالرغم من عدم النص على ذلك، حيث أن القانون قرر له ذمة مالية مستقلة، ويجيز له التقاضى باسمه عن طريق من يمثله. وتثبت الشخصية المعنوية للاتحاد بالقدر اللازم لتحقيق الغرض منه وهو القيام بأعمال إدارة الأجزاء المشتركة فى البناء.

- سلطة اتحاد الملاك:

تنص المادة ٨٦٣ مدنى مصرى على أن "للاتحاد أن يضع، بموافقة جميع الأعضاء، نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته".

ويتضح من هذا النص أن للاتحاد أن يضع لائحة تنظيمية يتبعها لضمان حسن انتفاع الأعضاء بالأجزاء المشتركة وحسن إدارته لهذه الأجزاء. ويجب أن يكون وضع اللائحة بموافقة جميع الأعضاء. ومن ثم لا يجوز تعديلها إلا بموافقة هؤلاء جميعا. ويرجع ذلك إلى أن هذه اللائحة تتناول الإدارة المعتادة وغير المعتادة.

وبمقتضى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الخاص بإيجار الأماكن أصبح تكوين إتحاد الملاك وجوبيا إذا جاوز عدد الطوابق والشقق خمسة (م ٧٣). وقد نصت المادة ٧٤ من هذا القانون على أن يصدر وزير الإسكان بقرار منه نظاما نموذجيا لاتحادات ملاك العقارات لضمان الانتفاع بالأجزاء المشتركة، وحسن إدارتها، وبينت المادة ما يجب أن يتضمن هذا النظام. كما أن هذه المادة فرضت على الاتحادات القائمة أن تعدل أوضاعها خلال مدة من تاريخ العمل بقرار الوزير بما يتفق مع أحكامه.

- مأمور الاتحاد:

ويكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته. ويعين هذا المأمور بقرار يصدر من الاتحاد بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء. فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية، عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم.

ولا يقتصر عمل المأمور على تنفيذ قرارات الاتحاد، بل عليه إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات. وهذا كله ما لم يوجد نص فى نظام الاتحاد يخالفه (م ٨٨٦/ ١ مدنى).

ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء، حتى فى مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر (م ٨٨٦/ ٢ مدنى).

ويتحدد أجر المأمور بالقرار الصادر من الاتحاد بتعيينه، أو بأمر القاضى الصادر بهذا التعيين (م ٨٦٧/ ١ مدنى). ويجوز عزل المأمور بقرار من الاتحاد تتوافر فيه الأغلبية المذكورة، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل (م ٨٦٧/ ٢ مدنى).

ثانيا: ملكية السفل وملكية العلو

هذه الملكية تفترض الملكية المفرزة لكل من الملاك تشمل جزء من هيكل البناء ذاته، فيملك كل منهم وحده دون غيره سقف طبقته والجدران المحيطة به، ويكون للعلو على السفل حق القرار. وهذه الصورة أخذت تتضاءل أهميتها فى الوقت الحاضر نتيجة لانتشار العمارات الكبيرة، وبناؤها وفقا للطرق الحديثة فى العمارة، فى الوقت الذى ساد فيه نظام الملكيات المفرزة والشيوع الإجبارى لملاءمته أكثر فى الوقت الحاضر.

وحق القرار على السفل يعتبر حقا عينيا، حيث أنه يرد مباشرة على الشئ ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشئ. ولكن هذا الحق يتميز عن غيره من الحقوق العينية بأنه يتضمن بذاته فرض التزامات إيجابية على عاتق صاحب السفل، كما أن هذا الحق له حدود يجب الالتزام بها وهذا موضوع الفقرات الآتية.

أ- التزامات صاحب السفل:

يقع على عاتق صاحب السفل الالتزامان الآتيان:

١- القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. وقد نصت المادة ٨٥٩ مدنى على هذا الالتزام بقولها أنه "١- على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. ٢- فإذا امتنع عن القيام بهذه

الترميمات، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل. ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة".

لكن هذا النص لا يمنع من أن يطلب صاحب العلو الإذن له بالقيام بترميم السفل على نفقة صاحبه بدلا من بيعه طبقا للقواعد العامة (م ٢٠٩ مدنى) حيث أن ذلك لا حاجة فيه إلى نص خاص. كما أن قاعدة جواز بيع السفل مقرر لمصلحة صاحب العلو فيكون له الخيار بالتمسك بهذه القاعدة أو التمسك بالقواعد العامة.

٢- تجديد البناء فى حالة انهدامه؟ قد نصت المادة ٨٦٠/ ١ مدنى مصرى على أنه "إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله. فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه".

ويشترط بداهة ألا يكون انهدام البناء راجعا إلى خطأ صاحب العلو، فإذا حدث ذلك وجب عليه تعويض صاحب السفل ولا يلزم صاحب السفل بإعادة بناء سفله. لكن إذا أعاد بناءه من تلقاء نفسه كان لصاحب العلو، إذا كان قد أوفى بالتعويض، أن يستعمل حقه فى القرار فيعيد بناء علوه. أما إذا كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو، فإن على صاحب السفل إعادة بناء سفله سواء كان الانهدام بخطئه أو كان بسبب أجنبى، ويلزم فى حالة الخطأ بتعويض صاحب العلو طبقا للقواعد العامة. ويشترط لقبول دعوى صاحب العلو بإعادة بناء السفل بأن يكون البناء قد انهدم فعلا.

وإذا انهدم البناء فعلا بغير خطأ صاحب العلو، فامتنع صاحب السفل عن إعادة بناء سفله، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقته الخاصة. والخيار هنا يكون لصاحب العلو. فإن طلب بيع السفل أمر القاضى بالبيع، ويكون الثمن من حق صاحب السفل الذى بيع عليه ملكه، ويصبح المشترى هو الملتزم بإعادة البناء. وإن طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه تعين إجابته إلى طلبه ولا يجوز للقاضى أن يأمر ببيع السفل، لأن ذلك يعد طريقا استثنائيا.

فإذا أعاد صاحب العلو بناء السفل، كان له أن يحبس السفل عن صاحبه إلى أن يوفى له ما أنفقه تطبيقا للقواعد العامة فى حق الحبس (م ٢٤٦ مدنى

مصـرى)، وقـد حـرص المشـرع علـى النـص علـى ذلـك صـراحـة فـى المـادة ٨٦٠/ ٢ مدنى والتى تنص على أن "لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل مـن السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته. ويجوز له أيضا أن يحصـل علـى إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه".

وقد أعطى المشرع صاحب العلو، خلافا للقواعد العامـة فـى الحـق فـى الحبس، استعمال السفل أو تأجيره استيفاء لحقه. وفى هذه الحالة يحـدد القـاضى أجرة المثل التى يؤجر بها السفل أو يلتزم بها صاحب العلو فى مقـابل السكنى، وتخصم الأجرة التى يقبضها صاحب العلـو أو تسـتحق عليـه مـن ديـن صـاحب السفل.

ب- التزامات صاحب العلو:

تنص المادة ٨٦١ مدنى على أنه "لا يجوز لصاحب العلو أن يزيـد فـى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل" وظاهر النص يفيد أن لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بأن يضيف إليه طبقات جديدة إذا كان ذلك لا يضر بالسفل، بأن كانت الجدران والأساسات صالحة لتحمل العبء الجديد. غير أن حق القرار قـد يثبت لصاحب العلو مقيدا بارتفاع معين، وفى هذه الحالة لا تصح له التعلية فيما يجاوز هذا الارتفاع ولو كان ذلك لا يضر بالسفل.

كما يمتنع على صاحب العلو تحميل السقف بثقل لا يتحمله، كـأن يضـع بضائع أو أشياء ثقيلة لا تحتملها أخشـاب السـقف. كمـا أن عليـه الـتزام بصيانـة سـطح أرضيـة طبقتـه حتـى لا تتكشـف فيـترتب علـى ذلـك الإضـرار بالقـاعدة المكونة لسقف السفل.

الباب الثانى

الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية

تمهيد:

سنتولى فى هذا الباب دراسة الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية. هذه الحقوق تقتطع بعض سلطات المالك لتقررها لحساب شخص آخر غير المالك.

فى القانون المصرى عرض المشرع للحقوق المتفرعة عن الملكية فى الباب الثانى من الكتاب الثالث من التقنين المدنى الخاص بالحقوق العينية الأصلية. فخصص الفصل الأول لحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى. والفصل الثانى لحق الحكر. والفصل الثالث لحق الارتفاق.

خطة الدراسة:

تنقسم الدراسة فى هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر.

الفصل الثانى: حق الارتفاق

الفصل الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الحكر

نتولى فى هذا الفصل فى ثلاثة مباحث على التوالى، حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر.

المبحث الأول

حق الانتفاع

فى هذا المبحث نعرض للتعريف بحق الانتفاع، ثم نبين بعد ذلك أحكامه، وأخيرا انقضاء حق الانتفاع.

المطلب الأول

التعريف بحق الانتفاع

ويشمل التعريف بحق الانتفاع بيان ماهيته، وخصائصه، ومصادره.

أولا: ماهية حق الانتفاع

لم يرد فى التقنين المدنى المصرى تعريف لحق الانتفاع Usufruit لكن يمكن القول بأن حق الانتفاع هو الحق العينى الذى يخول صاحبه سلطة استعمال شئ مملوك للغير واستغلاله فى مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، والذى ينتهى حتما بموت المنتفع".

وحق الإنتفاع يندر الالتجاء إليه فى الحياة العملية. ولكن نصادف حق الانتفاع غالبا فى الحياة العملية بصدد الوصية المستترة فى شكل تصرف منجز، كبيع أو هبة، للتحايل على أحكام الوصية. حيث يبيع أو يهب شخص مالا معينا لآخر مع احتفاظ البائع أو الواهب بحق الانتفاع طول حياته. وقد اعتبر المشرع مثل هذا التصرف تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وأخضعه لأحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك (م ٩١٧ مدنى مصرى).

ثانيا: خصائص حق الانتفاع

يتضح لنا من التعريف السابق أن حق الانتفاع حق عينى، يرد على شئ مملوك للغير، وأنه حق مؤقت.

١- حق الانتفاع حق عينى:

حق الانتفاع حق عينى أصلى يتفرع عن حق الملكية بأن يقتطع من سلطات المالك، سلطة الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر غير المالك.

ويثبت لحق الانتفاع باعتباره حقا عينيا جميع خصائص الحق العينى. فهو يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشئ تمكنه من الإفادة من منافع الشئ دون وساطة من آخر. كما يكون له حق الأفضلية والتتبع. وهو بذلك يختلف عن حق المستأجر الذى يعتبر حقا شخصيا. فالمستأجر دائن للمؤجر، فلا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر، الذى يقع على عاتقه التزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين.

ويترتب على ذلك أنه إذا ورد حق الانتفاع على عقار، اعتبر مالا عقاريا، وبالتالى يجوز رهنه رهنا رسميا، ومن ثم يخضع للشهر. كل ذلك مع الأخذ فى الاعتبار الطبيعة المؤقتة لحق الانتفاع[1]. على العكس من ذلك حق المستأجر يعتبر مالا منقولا، ولو كانت العين المؤجرة عقارا، فلا يجوز رهنه رهنا رسميا، وللمنتفع بعقار أن يدافع عن حيازته لحقه بجميع دعاوى الحيازة طبقا للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك. أما المستأجر فإنه يستعمل دعاوى الحيازة للدفاع عن حقه الشخصى على سبيل الاستثناء وبناء على نص خاص (م ٥٧٥ مدنى مصرى).

يخول حق الانتفاع لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال دون سلطة التصرف التى يحتفظ بها المالك. ولذلك يبقى للمالك ملكية الرقبة والتى تخول له سلطة التصرف فى الشئ، ويكون للمنتفع سلطة الاستعمال والاستغلال فقط ... ولهذا يختلف حق المنتفع عن حق الشريك فى الشيوع الذى تكون له كل سلطات الملكية على الشئ الشائع ولكن فى حدود حصته.

٢- حق الانتفاع يرد على شئ مملوك للغير:

حق الانتفاع يرد على شئ مملوك للغير. يستوى أن يكون هذا الشئ منقولا أو عقارا. والقانون المصرى واضح فى هذا الصدد، حيث يتكلم عن الانتفاع على عقار أو المنقول. كل ما هنالك إذا تقرر الانتفاع على منقول فإنه

---

(١) نقض ١٩٩١/٥/٢٣ س ٤٢ ص ١١٨١.

يجب جرد المنقول وتقديم كفالة به (م ٩٩٢ مدنى مصرى). وكذلك القانون الفرنسى يجيز أن يكون محل حق الانتفاع منقولا أو عقارا (م ٥٨١ مدنى فرنسى).

حق الانتفاع تقتضى طبيعته أن يرد على شئ غير قابل للاستهلاك، حيث أن المنتفع يلتزم بالمحافظة على الشئ ورده فى نهاية الانتفاع. وعلى ذلك إذا تقرر حق الانتفاع على أشياء لا يمكن استعمالها إلا باستهلاكها، كالنقود والغلال، فإن مقتضى ذلك أن تنقل ملكية الشئ إلى المنتفع لأن استهلاكها يعنى التصرف فيها، وهذا لا يكون إلا لمالك الشئ، فى هذه الحالة يكون للمنتفع استعمال الشئ باستهلاكه مع الالتزام برد بدله عند انتهاء حقه فى الانتفاع.

لكن هل يجوز لحق الانتفاع أن يتقرر على أشياء غير مادية؟ من الفقهاء من يرى أن حق الانتفاع يمكن أن يتقرر على كل شئ مادى أو معنوى، طالما كان من الممكن أن يخول للمنتفع منفعة اقتصادية. وهذا الرأى يتفق مع التطور الحديث حيث أن القيم المنقولة وبراءات الاختراع وغيرها من الـ Know How قد اكتسبت أهمية كبيرة وأصبحت أسعارها مرتفعة ولذلك ليس هناك ما يمنع من تقرير حق انتفاع عليها حيث أن ذلك يحقق مصلحة للمنتفع حيث التكنولوجيا غالبا ما تتقدم وتتقادم بسرعة. ومع ذلك هناك بعض الفقهاء من يرى أن الانتفاع الذى يرد على أموال غير مادية لا يمكن أن يوصف بأنه حق عينى.

وهذا الرأى لم يعد يتلاءم مع التطورات الحديثة.

٢- حق الانتفاع حق مؤقت:

وصفة التأقيت راجعة إلى طبيعة حق الانتفاع ذاته باعتباره حقا متفرعا عن الملكية. فحق الانتفاع يترتب عليه تجزئة عناصر الملكية، وهذا وضع استثنائى، إذ المفروض أن تتجمع تلك العناصر فى يد شخص واحد. ولذلك إكتسب حق الانتفاع صفة التأقيت، بمعنى أنه ينتهى إما بحلول الأجل المحدد له، أو بوفاة المنتفع أيهما أقرب. وبالتالى فحق الانتفاع لا ينتقل إلى الورثة.

ونتيجة لذلك فإن حق الانتفاع يسقط أيضا بعدم الاستعمال متى مضت المدة التى يستلزمها القانون لذلك (م ٩٩٥ مدنى مصرى) وذلك حتى تتجمع عناصر الملكية فى يد المالك.

ثالثاً: مصادر حق الانتفاع

تنص المادة ٩٨٥ مدني مصري على أن "١- حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم. ٢- ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن".

وعلى ذلك فإن حق الانتفاع ينشأ من التصرف أو العمل القانوني، سواء كان هذا التصرف عقداً أو وصية. كما ينشأ حق الانتفاع عن طريق الشفعة أو عن طريق التقادم.

١- اكتساب حق الانتفاع بالتصرف القانوني. يكتسب هذا الحق عن طريق العقد أو عن طريق الوصية:

عن طريق العقد ويتم ذلك عن طريق الاتفاق على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالشئ واحتفاظ المالك بسلطة التصرف في الشئ. وقد يتم ذلك عن طريق البيع أو المقايضة أو الهبة أو في حالة القسمة، وقد يتفق المالك في عقد من العقود الناقلة للملكية على نقل ملكية الرقبة للشئ والاحتفاظ بحق الانتفاع. ويستوى أن يكون العقد بعوض أو بدونه. ويجوز أن يكون حق الانتفاع منجزاً أو مضافاً إلى أجل، أو يكون باتاً أو معلقاً على شرط واقف أو فاسخ. كما يجوز أن يتضمن العقد شرط مانع من التصرف في حق الانتفاع على النحو السابق بيانه.

عن طريق الوصية. فقد تكسب الوصية حق الانتفاع بطريق مباشر، كأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين، فتبقى ملكية الرقبة للورثة، أو أن يوصى بملكية الرقبة لشخص وبحق الانتفاع لشخص آخر. وقد تكسب الوصية حق الانتفاع بطريق غير مباشر، فتكون الوصية منشئة لملكية الرقبة، حيث يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين، فيبقى للورثة حق الانتفاع.

ويجوز الوصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية. كأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب، بحيث إذا انتهى حق الانتفاع لأحدهم نشأ حق انتفاع جديد للذى يليه يستمد مباشرة من الوصية وليس من المنتفع الذى سبقه. كما يجوز أن يوصى بحق الانتفاع للحمل المستكن وذلك بشرط أن تتم ولادته حياً.

٢- اكتساب حق الانتفاع عن طريق الشفعة (م ٩٣٦ مدنى مصرى):

تكون الشفعة سبباً لكسب حق الانتفاع إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة أو بعضه، إذ يحق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع المبيع المقرر على

عقاره بالشفعة فتخلص له الملكية التامة. كما أنه إذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين أو أكثر وباع أحدهم حصته الشائعة لأجنبي فإنه يحق لأي شريك آخر في الشيوع أن يأخذ الحصة المبيعة بالشفعة، ما لم يأخذها مالك الرتب- لأنه مقدم في المرتبة عند التزاحم بين الشفعاء.

٣- اكتساب حق الانتفاع بالتقادم أو الحيازة:

من المتصور نظريا كسب حق الانتفاع بعقار أو منقول بالتقادم الطويل. كأن يحوز بسوء نية حق الانتفاع بعقار أو منقول مدة خمس عشرة سنة. أو يتلقى شخص هذا الحق بسوء نية من غير مالك ويظل حائزا له هذه المدة.

لكن من الناحية العملية لايقنع الحائز في هذه الفروض بادعاء كسب حق الانتفاع وإنما يستطيع الادعاء بكسب حق الملكية ذاته حيث أن الأعمال اللازمة لمباشرة الحق موضوع الحيازة لا تختلف بالنسبة إلى حق الملكية عنها بالنسبة لحق الانتفاع.

ومع ذلك فإنه من المتصور عملا كسب حق الانتفاع بعقار بالتقادم المكسب القصير. وذلك حين يتلقى شخص بحسن نية وبسبب صحيح حق الانتفاع بعقار من غير مالكه ويظل حائزا لهذا الحق مدة خمس سنوات، فيكسب حق الانتفاع بالتقادم القصير. وذلك في المناطق غير الخاضعة للسجل المدني.

وإذا تعلق الأمر بمنقول فإن حيازة حق الانتفاع عليه بحسن نية وبسبب صحيح يكسب الحائز هذا الحق (م ٩٧٦/ ١ مدني مصري). تطبيقا لذلك إذا تلقى شخص بحسن نية حق الانتفاع بمنقول من غير مالكه فإنه يكسب هذا الحق بمجرد الحيازة.

المطلب الثاني

أحكام حق الانتفاع

ونعرض هنا لحقوق المنتفع وسلطاته، ثم نبين بعد ذلك ما يقع على عاتقه من التزامات. ومصدر هذه الحقوق والالتزامات أساسا السند الذي أنشأ حق الانتفاع. علاوة على ذلك قد قرر القانون في هذا الصدد أحكاما معينة. ولنر كل ذلك بشئ من التفصيل.

أولا: حقوق المنتفع وسلطاته

أ- حق الاستعمال والاستغلال:

يقوم حق الانتفاع على تجزئة حق الملكية، فيحتفظ المالك بملكية الرقبة، ويكون له بمقتضاها سلطة التصرف، وينتقل إلى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال. هذان هما اللذان يتكون منهما حق الانتفاع.

١- حق الاستعمال:

للمنتفع بمقتضى هذا الحق أن يستعمل الشئ محل حق الانتفاع استعمالاً شخصياً فى كل ما أعد له[1] فإذا كان حق الانتفاع يرد على بناء كان للمنتفع أن يستعمله بنفسه فيسكنه، وإذا كان أرضاً زراعية، فيكون له زراعتها.

- ويمتد حق المنتفع إلى ملحقات الشئ التابعة له عند بدء الانتفاع، فيكون له ما للمالك على شئ من حقوق، أى له أن يستعمل الشئ كما لو كان مالكاً له ولكن فى حدود الغرض الذى أعد له الشئ. وتطبيقاً لذلك يكون للمنتفع أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المنتفع بها، كحق المرور أو الشرب أو المجرى أو المسيل. ويكون له أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشئ، سواء كانت هذه المنقولات عقارات بالتخصيص كالآلات الزراعية المرصودة من جانب المالك لخدمة الأرض، أو لم تكن كذلك.

كما يشمل حق الاستعمال حق الصيد والقنص، فيكون للمنتفع أن يمارس هذا الحق. وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له تأجير هذا الحق، حيث يجب على المنتفع أن يحترم حق المستأجر، ولكن الأجرة تكون من حق المنتفع طول مدة الانتفاع.

- وعلى المنتفع أن يستعمل الشئ على هذا النحو بشرط إلا يسئ استعماله، فيستعمله استعمالاً غير مشروع، أو استعمالاً غير متفق مع طبيعته، وإلا كان للمالك أن يعترض على ذلك (م ٩٨٨/ ٢ مدنى مصرى).

٢- حق الاستغلال:

للمنتفع أن يقوم بالأعمال اللازمة للحصول على ثماره دون منتجاته.

وقد سبق أن فرقنا بين الثمار والمنتجات. وليس هناك ما يمنع من أن نذكر به. فالثمار هى بحسب الأصل ما ينتجه الشئ فى مواعيد دورية منتظمة دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشئ. كنتاج الماشية ومحاصيل الأرض وأجرة المنزل أو فوائد النقود. أما المنتجات فهى ما يغله الشئ فى مواعيد غير دورية ويترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشئ، كالمواد التى تستخرج من مناجم أو محاجر لم تعد للاستغلال، والأشجار التى تقطع من

---

(١) تنص المادة ١/٩٨٨ مدنى مصرى على ما يأتى "على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة".

غابات لم يتم إعدادها لذلك. وتصبح هذه المنتجات ثمارا إذا أعد المالك الشئ المحجر أو المنجم أو الغابة، للاستغلال بحيث صار مصدرا لدخل دورى منتظم، ولو أنها تنتقص من أصل الشئ. وسبق أن قسمنا الثمار إلى ثمار طبيعية وهى التى تتولد عن الشئ بفعل الطبيعة كنتاج الماشية، وثمار مستحدثة أو صناعية وهى التى تنتج من تدخل الإنسان كمحاصيل الحقول، والثمار المدنية وهى ما يغله الشئ من دخل نقدى، كأجرة المنازل والأراضى.

والقاعدة فى كل ذلك أن للمنتفع الحق فى الثمار جميعها، أما المنتجات فتبقى من حق المالك.

ـ طريقة كسب الثمار:

تنص المادة ٩٨٧ مدنى مصرى على أن "تكون ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣" وتنص المادة ٩٩٣/ ٢ مدنى على أنه "إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

ـ يتضح من ذلك أن القاعدة هى أن ثمار الشئ المنتفع به تكون من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه. وقد خرج المشرع على هذه القاعدة فى حالة ما إذا كانت الأرض مشغولة بزرع قائم عند نهاية الانتفاع.

* بالنسبة للثمار المدنية، تطبق القاعدة دون أدنى صعوبة، إذ أنه من اليسير أن يحسب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار. فإذا كان الشئ المنتفع به أرضا زراعية أو دارا مؤجرة، فإنه يحق للمنتفع أن يأخذ من الأجرة مقابل مدة انتفاعه. ونعرض لعدة فروض:

ـ إذا بدأ الإجارة وانتهت خلال مدة الانتفاع فليس هناك أدنى مشكلة، إذ تكون الأجرة كلها للمنتفع.

ـ إذا بدأت الإجارة قبل بدء الانتفاع، وانتهت أثناء الانتفاع كما إذا كانت مدة الإجارة ثلاث سنوات، وبدأ الانتفاع بعد مضى سنة من هذه المدة، كانت أجرة هذه السنة من حق المالك، ويأخذ المنتفع أجرة السنتين الباقيتين.

- إذا انتهى حق الانتفاع نفسه بعد مضى سنة من هذه الإجارة، كانت أجرة هذه السنة من حق المنتفع، ويأخذ المالك أجرة السنتين الباقيتين.

* أما بالنسبة للثمار الطبيعية أو الصناعية قد تعرض بعض الصعوبات عند تطبيق هذه القاعدة. وقد واجه المشرع هذه الفروض بعدة حلول:

- أن كل ما يتم إنتاجه وانفصاله من هذه الثمار خلال مدة الانتفاع يكون من حق المنتفع.

- إذا كانت هذه الثمار قائمة وقت بدء الانتفاع ولم يتم جنيها إلا بعد فترة من قيام الانتفاع، يستحق المنتفع من هذه الثمار بنسبة مدة انتفاعه. فإذا كان هناك زرع قائم فى الأرض عند بدء الانتفاع، فتحسب المدة التى تظل الأرض مشغولة فيها بالزرع ولنفرض أنها ستة أشهر، فيأخذ المالك من المحصول بنسبة الفترة السابقة من هذه المدة على بدء الانتفاع ولتكن شهرين، ويأخذ المنتفع من المحصول بنسبة الفترة اللاحقة وهى أربعة أشهر، أى يوزع المحصول بينهما بنسبة ١ : ٢ ويشترط فى هذه الحالة أن يساهم المنتفع فى نفقات البذر والسماد والعمل بنسبة حصته.

- إذا كانت هذه الثمار قائمة عند انتهاء الانتفاع، كأن يكون فى الأرض زرع قائم عند انتهاء الانتفاع، فتترك الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع. وفى مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجرة الأرض عن الفترة اللاحقة لانتهاء الانتفاع.

ب- سلطات المنتفع:

فى سبيل تمكين المنتفع من ممارسة حقه فى الانتفاع بالشئ، له أن يقوم بأعمال الإدارة التى يتطلبها الانتفاع بالشئ. وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف بالنسبة إلى حقه فى الانتفاع. كما له أخيراً أن يباشر الدعاوى اللازمة لحماية حقوقه.

١- أعمال الإدارة:

للمنتفع أن يقوم بكل ما يلزم لإدارة الشئ المنتفع وبما يتفق مع طبيعته فى الحدود التى تمكنه من ممارسة حقه فى الانتفاع. وأهم هذه الأعمال على الإطلاق هو إيجار الشئ المنتفع به، حيث أن للمنتفع أن يؤجره حقه فى الانتفاع لاستثماره، والحصول على أجرته.

- ويجب أولاً أن نتعرف على حكم الإيجار الذى يصدر من المالك قبل بدء الانتفاع. هذا الإيجار يسرى فى حق المنتفع. ويشترط فى هذا الإيجار أن يكون له تاريخ ثابت قبل تقرير الانتفاع، كما ينبغى أن يكون بريئاً من الغش. وإذا كانت مدة إيجار العقار تزيد على تسع سنوات (م ١١ من قانون الشهر العقارى)، فلا تسرى فى حق المنتفع إلا إذا كان الإيجار مسجلاً.

- أما بالنسبة للإيجار الذى يصدر من المنتفع فقد نص المشرع على حكمه.

تنص المادة ٥٦٠ مدنى مصرى على أن "الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة ينقضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة".

يتضح من ذلك أن للمنتفع، فى سبيل استغلاله العين التى يرد عليها حقه فى الانتفاع، أن يؤجر حقه طول مدة الانتفاع أياً كانت هذه المدة. لكن هذا الإيجار ينقضى فى جميع الأحوال بانتهاء الانتفاع، سواء كان ذلك لانقضاء مدة الانتفاع أو لموت المنتفع أو لأى سبب آخر. وهذا حكم تمليه القواعد العامة، فمحل الإيجار، وهو الانتفاع، قد انقضى فلا مجال عندئذ لبقاء هذا الإيجار. ومع ذلك إذا انتهى الإيجار فى هذه الحالة قبل انقضاء مدته، فإنه يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء فى المواعيد المقررة فى المادة ٥٦٣ مدنى مصرى. وإذا كانت العين المؤجرة أرضاً زراعية، فلا يجوز إخراج المستأجر منها قبل نقل محصولات السنة (م ٦١٧ مدنى مصرى).

وإذا كان الإيجار الصادر من المنتفع ينقضى بانتهاء حق الانتفاع إلا أن هذا الحكم لا يسرى إذا أقر المالك عقد الإيجار الصادر من المنتفع، سواء كان ذلك مقدماً عند إبرام عقد الإيجار أو كان عند انتهاء الانتفاع، إذ بذلك يصبح هذا الإيجار نافذاً فى حق المالك أياً كانت مدته.

٢- أعمال التصرف:

إذا كان حق الانتفاع يخول لصاحبه سلطة استعمال واستغلال الشئ إلا أنه لا يملك سلطة التصرف فى هذا الشئ، حيث أن هذه السلطة تثبت لمالك الرقبة.

كما لا يجوز أن يتصرف فى حق ارتفاق مقرر لمصلحة العقار المنتفع به. لكن التساؤل الذى يثور فى هذا الصدد هو مدى إمكانية تصرف المنتفع فى حقه هو، أى فى سلطتى الاستعمال والاستغلال.

* طالما أن المنتفع يملك حقه فى الانتفاع فإنه يستطيع أن يتصرف فيه، بأن ينزل عنه للغير، وهو فى هذا التصرف لا يستطيع أن يعطى للمتصرف إليه أكثر مما يملك هو نفسه، فلا يكون للمتصرف إليه إلا سلطتى الاستعمال والاستغلال على النحو السابق بيانه.

ويستوى أن يكون تصرف المنتفع فى حقه معاوضة أو تبرعاً، فله أن يبيع حقه، كما له أن يهب هذا الحق. ويؤدى هذا التصرف إلى انتقال حق الانتفاع ذاته فى الحدود التى كانت له إلى الغير. ومقتضى هذا أن ينقضى حق الانتفاع بموت المنتفع الأصلى وليس بموت المتصرف له. فإذا مات المتصرف إليه، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثته، ويبقى هذا الحق إلى أن ينتهى بانقضاء أجله أو بموت صاحبه الأصلى. وهذا هو الفرض الذى ينتقل حق الانتفاع فيه بالميراث. كما أنه بالرغم من هذا التصرف يبقى المنتفع الأصلى ملتزماً نحو مالك الرقبة، فلا تنتقل التزاماته إلى المتصرف إليه.

* وكما يجوز للمنتفع أن ينزل عن حقه فى الانتفاع، فإنه يجوز لدائنيه أن يحجزوا على حقه. وذلك ما لم يشترط فى السند المنشئ للانتفاع عدم جواز التصرف فيه.

* ويجوز للمنتفع أن يرتب على حقه فى الانتفاع تأمينا عينيا، كرهن أو حق اختصاص. والدائن صاحب التأمين العينى يجوز له أن يحجز على حق الانتفاع. وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه، فإن التأمين العينى يزول بزوال محله.

٣- حماية حق الانتفاع:

للمنتفع أن يرفع الدعاوى اللازمة لحماية حق الانتفاع ذاته. فله أن يرفع الدعوى العينية التى يحمى بها حق الانتفاع ذاته، وهى دعوى الإقرار بحق الانتفاع، وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشئ المنتفع به من أى حائز له بدون وجه حق.

كما أن للمنتفع أن يرفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته للعقار المنتفع به. بل ويجوز أن يرفع دعوى الحيازة ضد المالك إذا تعرض له فى حيازته أو انتزع الحيازة منه. فالمنتفع يعتبر حائزاً حقيقياً لحق الانتفاع وحائزاً عرضياً لحق الملكية يحوزه لحساب المالك.

ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود، ودعوى القسمة إذا كان الانتفاع شائعاً بينه وبين الغير. وفى هاتين الحالتين يجب أن يدخل المالك حتى يكون الحكم حجة عليه. كما له أن يطالب بحق المرور القانوني فى حالة إنحباس الشئ المنتفع به عن الطريق العام كما سبق القول.

ثانياً: إلتزامات المنتفع

يوجد على المنتفع ثلاث مجموعات من الالتزامات، التزامات قبل بدء الانتفاع، التزامات أثناء الانتفاع، والالتزامات عند أنتهاء الانتفاع.

أ- التزامات المنتفع قبل بدء الانتفاع:

فرض المشرع المصرى على المنتفع التزامين قبل مباشرة حق الانتفاع: الأول التزام بجرد المنقولات المنتفع بها. والثانى، تقديم كفالة تضمن وفاء المنتفع بالتزاماته. وهذان الالتزامان الغرض منهما ضمان عدم ضياع المنقول وتثبتاً من ذاتيته وقيمته عند استرداده فى نهاية الانتفاع.

١- جرد المنقول:

تنص المادة ١/٩٩٢ مدني مصرى على أنه "إذا كان المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده ...".

يتم هذا الجرد فى محضر يتضمن تعيين طبيعة المنقول ومقداره، وتقويمه لتحديد قيمته، وذلك فى حالة ما إذا تملك المنتفع المنقول على أن يرد مثله أو قيمته عند انتهاء الانتفاع. ولم يشترط المشرع شكلاً خاصاً لمحضر الجرد، فيصح أن يحرر فى ورقة عرفية يوقع عليها كل من المنتفع ومالك الرقبة. ويتحمل المنتفع نفقات الجرد. ويجوز أن يعفى المنتفع من الالتزام بتحرير محضر بالجرد فى السند المنشئ لحق الانتفاع. فى جميع الأحوال يجب أن يكون هذا الإعفاء صريحاً.

٢- تقديم كفالة:

نصت المادة ١/٩٩٢ مدنى على أنه "إذا كان المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة به. فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور، ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها".

والحكمة من تقديم هذه الكفالة هى ضمان الوفاء بالتعويض الذى يستحق لمالك الرقبة على المنتفع فى حالة إعساره إذا ما ضاع المنقول أو تلف أو لحق به ضرر. ويجب أن يكون الكفيل موسراً ومقيماً فى مصر (م ٧٧٤ مدنى مصرى). ويجوز للمنتفع أن يقدم، عوضاً عن الكفيل، تأميناً عينياً كافياً (م ٧٧٤ مدنى مصرى)، كرهن رسمى أو حيازى. ويجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة صراحة فى سند إنشاء حق الانتفاع أو ضمناً، بأن يستخلص ذلك من مفهوم نصوص السند أو من ظروف الحال.

وإذا تأخر المنتفع فى تحرير محضر الجرد أو فى تقديم كفالة، فإنه يحق لمالك الرقبة أن يمتنع عن تسليم المنقول إليه. غير أن هذا لا يعنى أن يفقد المنتفع حقه فى الانتفاع، ولا حقه فى الثمار التى حصل عليها المالك منذ البداية المحددة للانتفاع. لأنه إذا ما قام المنتفع بتحرير محضر الجرد أو تقديم الكفالة، فإنه يتسلم المنقول وكذلك ثماره منذ بداية الانتفاع أما إذا امتنع المنتفع أصلاً عن القيام بهذين الالتزامين دون أن يكون معفياً منهما، جاز للمالك أن يمتنع عن تسليم المنقول إلى المنتفع، إذا لم يكن قد تسلمها بالفعل، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى الحق فى الحبس. فإذا كان قد تم تسليم المنقول للمنتفع قرر المشرع جزاء لامتناع المنتفع عن تقديم كفالة، بأن أعطى لمالك الرقبة الحق فى الالتجاء إلى القضاء ليطلب بيع المنقول بالطريقة التى تراها المحكمة، وتوظف ثمنه فى سندات عامة، أى سندات على الدولة، وتكون للمنتفع أرباح هذه السندات طوال مدة الانتفاع. أما فى حالة امتناعه عن تحرير محضر الجرد فإنه يجوز لمالك الرقبة إثبات تحديد المنقولات المنتفع بها - والتى يتعين على المنتفع ردها عند نهاية الانتفاع - بكافة طرق الإثبات. كما يمكن اعتبار الامتناع عن تحرير محضر الجرد قرينة على تسلم المنتفع المنقول بحالة سليمة.

ب- التزامات المنتفع أثناء الانتفاع:

يقع على عاتق المنتفع ثلاثة التزامات: ١- الانتفاع بالشئ بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة. ٢- صيانة الشئ وحفظه. ٣- تحمل نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة وفوائد التكاليف غير المعتادة.

١- الانتفاع بالشئ بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة:

تنص المادة ٩٨٨/ ١ مدني مصري على ما يأتي "على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة".

ويتضح من ذلك أن المنتفع يجب عليه أن يستعمل الشئ المنتفع به وأن يستغله وفقا لما أعد له بحسب طبيعته، وذلك بألا يخرج عن الغرض الذى خصص له، ولا على ما كان متبعا في الاستعمال والاستغلال من الملاك السابقين.

فإذا كان الانتفاع واردا على أرض زراعية فلا يجوز للمنتفع أن يحولها إلى حدائق، وإذا واردا على بناء معد للسكنى فلا يجوز لمنتفع أن يحولها إلى محل تجارى أو إلى مخزن للبضائع. لكن له أن يسكنها بنفسه أو يؤجرها للسكنى. ولا يدخل في مفهوم تغيير الاستعمال تطوير وتحسين الاستعمال. وعلى ذلك يكون للمنتفع أن يصلح الأرض البور ويزرعها بما يناسبها من محاصيل، كما له أن يطور من طريقة الزراعة إلى ما هو أحسن وأكثر تقدما في إطار ما أعدت له الأرض.

ويجب على المنتفع، فيما يقوم به من استعمال واستغلال، أن يدير الشئ إدارة حسنة بأن يبذل فيها عناية الرجل المعتاد. فإذا كان الشئ متجرا وجب عليه أن يحسن إدارته، وإن كان أرضا زراعية وجب عليه ألا يتركها بورا أو ينهكها بالزراعة لكى يزيد من محصولها.

جزاء الإخلال بهذا الالتزام: تنص المادة ٢/٩٨٨ مدنى مصرى على أن "للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ. فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات. فإن لم يقدمها المنتفع، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين إستعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضى أن ينزع العين من تحت يده

وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها. بل له، تبعا لخطورة الحال، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع، دون إخلال بحقوق الغير".

تدرج المشرع بالجزاء بحسب خطورة الموقف:

- للمالك حق الاعتراض إذا استعمل المنتفع الشئ استعمالا غير مشروع، بأن استعمله فى غير ما أعد له، أو استعمله على نحو لا يتفق مع طبيعته ليكف المنتفع عن ذلك فإذا كان هذا الاستعمال ينطوى على خطر يهدد الرقبة كان للمالك أن يطالب بتقديم تأمينات كرهن أو كفالة لضمان تعويض الأضرار التى قد يؤدى إليها هذا الاستعمال.

- إذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة، أو ظل يستعمل العين استعمالا غير مشروع، فإنه يجوز للمالك أن يطلب من القاضى تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى غلتها للمنتفع.

- إذا كان سوء الاستعمال الذى يمارسه المنتفع على درجة من الخطورة مما يستوجب معه إسقاط الحق عنه، فإن المالك يحق له أن يطلب من القاضى الحكم بإنهاء حق الانتفاع، فيخسر المنتفع الفترة الباقية من مدة الانتفاع. وفى هذه الحالة تجب المحافظة على حقوق الغير. فإذا كان حق الانتفاع مرهونا، فإن حق الدائن المرتهن يبقى، وترد العين إلى المالك مع بقاء حق الانتفاع لها محملا بالرهن إلى نهاية المدة التى كانت مقررة للانتفاع. ويجوز للدائن المرتهن إذا حل أجل دينه أن يحجز على حق الانتفاع ويتقاضى حقه من ثمنه.

٢- صيانة الشئ وحفظه:

تنص المادة ٩٨٩ مدنى مصرى على أن "المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة".

وتنص المادة ١/٩٩٠ مدنى مصرى على ما يأتى "على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله الشخص المعتاد".

وتنص المادة ٩٩١ مدنى مصرى على أنه "إذا هلك الشئ أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه".

وعلى ضوء هذه النصوص سنعرض لمضمون هذا الالتزام ولطبيعته.

يلتزم المنتفع بصيانة الشئ المنتفع به والمحافظة عليه:

* فمن حيث التزام المنتفع بالصيانة، فإنه يجب أن يقوم بما يلزم من أعمال وترميمات لصيانة الشئ وتحمل نفقات ذلك. إذ أعمال الصيانة أعمال عادية تؤخذ نفقاتها عادة من ثمار الشئ التى تعود على المنتفع. فيجب عليه مثلا إصلاح الأبواب أو النوافذ أو دورة المياه، أو تجديد غطاء السقف أو الأرضية أو السلم وذلك إذا كان الشئ المنتفع به دارا معدة للسكنى.

* ومن حيث التزام المنتفع بالمحافظة على الشئ، فإنه يجب عليه ألا يحدث تلفا فى الشئ المنتفع به أو ينزع أجزاء منه أو يتركه من غير صيانة حتى يتلف أو يتخرب أو أى عمل آخر يكون من شأنه الإضرار بالشئ. ويدخل فى هذا الالتزام أيضا المبادرة بإبلاغ المالك بكل ما تتعرض له العين من أخطار يكون على المالك أن يواجهها بنفسه. كأن يدعى أجنبى حقا على الشئ، أو ينزع أجنبى الحيازة من المنتفع، أو يتلف الشئ بسبب القدم، أو يحتاج الشئ إلى إصلاحات جسيمة مما يتحمل المالك نفقاته. ويدخل فى هذه الأعمال أيضا قيام المنتفع بتجديد التأمين الذى سبق للمالك أن أبرمه على الشئ، وأن يدفع أقساطه طوال مدة انتفاعه.

- والالتزام بصيانة الشئ وحفظه الذى يقع على عاتق المنتفع يعتبر التزاما ببذل عناية:

فعلى المنتفع، حتى تبرأ ذمته، أن يبذل ما يبذله الرجل المعتاد من عناية فى صيانة وحفظ الشئ المنتفع به. وعلى ذلك فإذا هلك الشئ أو أصابه تلف، كان على المالك أن يثبت أن هذا الهلاك أو التلف يرجع إلى خطأ المنتفع، وذلك بإقامة الدليل على أنه لم يبذل القدر الواجب من العناية فى المحافظة على الشئ. فإذا أثبت ذلك قامت مسئولية المنتفع ووجب عليه أن يعوضه عن جميع الأضرار التى لحقته من جراء هلاك الشئ أو تلفه.

٢- تحمل نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة وفوائد التكاليف غير المعتادة:

تنص المادة ٩٨٩ مدنى مصرى على أن "١- المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة. ٢- أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى

إلى المالك فوائد ما أنفقه فى ذلك. فإن كان المنتفع هو الذى قام بالاتفاق، كان لـه استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع".

- ولتحديد مضمون هذا الالتزام يجب التفرقة بصفـة أساسـية بيـن التكاليف المعتـادة والتكـاليف غير المعتـادة. وأسـاس هذه التفرقـة أن التكـاليف المعتادة تؤخذ من الثمار أما التكاليف غير المعتادة فتؤخذ من رأس المال:

- والقاعدة فى هذا الصدد أن المنتفع يلتزم بالتكـاليف المعتـادة أمـا التكاليف غير المعتادة فيتحمل أصلها مالك الرقبة وفوائدها تكون على المنتفع طوال مدة الانتفاع.

* ويدخل فى التكاليف المعتادة التى يتحملها المنتفع نفقات صيانـة وحفظ الشئ المنتفع به كما رأينا، وأيضا تكاليف إدارة الشئ المنتفع بـه إذ أنـها لازمة للحصول على ثمار الشئ. ويعتبر كذلك من التكاليف المعتـادة الضرائـب والرسوم المقررة على الشئ المنتفع أيا كان نوعها. لكن هذا لايمنع مـن الاتفـاق على أن يتحمل مالك الرقبة كل هذه التكاليف المعتادة أو بعضها.

* ويدخل فى التكاليف غير المعتـادة التـى يتحملـها مـالك الرقبـة، وفوائدها التى يتحملها المنتفع طول مدة الانتفاع، النفقات غير العاديـة التـى تقتضى تضحية جزء من رأس المال. ومن ذلك تكاليف الإصلاحـات الجسيمة، كتقوية أساسات البناء أو إصلاح الجدران الرئيسية أو الأعمدة أو الأسقف. أو الضرائب الاستثنائية التى تفرض لظروف معينة أثناء الانتفاع، كضريبة خاصة بالحرب أو قرض إجبارى.

ويشترط لتحمل مالك الرقبة بالتكاليف غير المعتادة ألا تكون ناشئة عن خطأ من جانب المنتفع، إذ فى هذه الحالة هذا الأخير وحده هو الذى يتحملها. أما إذا كانت هذه التكاليف قد نشأت دون خطأ من جانب المنتفع، فإنه لا يلتزم بالقيام بها، كما لا يلتزم مالك الرقبة بالقيام بها لأنه لا يلتزم بشئ نحو المنتفع. لكـن إذا قام بها مالك الرقبة فى سبيل المحافظة علـى ملكـه، فإنـه يتحملـها ويكـون علـى المنتفع فوائدها بالسعر القانونى طول مدة الانتفاع. وإذا قـام بـها المنتفـع، فـى سبيل المحافظة على حقه فى الانتفاع، فإنه فـى هذه الحالـة يستردها مـن مـالك الرقبة بدون فوائد عند نهاية الانتفاع، فيكون بذلك قد تحمـل فوائدهـا طـول مـدة الانتفاع.

وإذا كان العقار المنتفع به محملا بتـأمين عينـى، فـإن مـالك الرقبـة هـو الذى يلـتزم بدفـع الديـن المضمـون بـهذا التـأمين لأن المـالك قـد عقده قبل بـدء

الانتفاع فلا يلتزم به المنتفع. فإذا أجبر المنتفع على الوفاء بهذا الدين كان له أن يرجع فورا بما دفع على مالك الرقبة، ولا يكون عليه أن ينتظر حتى نهاية الانتفاع.

جـ- التزامات المنتفع عند انتهاء الانتفاع:

يلتزم المنتفع أساسا عند انتهاء الانتفاع برد الشئ، وأن يلتزم برد الشئ بنفس حالته الأصلية التى تسلمه بها، ويثور هنا التساؤل عن مصير المنشآت والأغراس التى يحدثها المنتفع وهذا ما سنراه فى الفقرات التالية.

١- التزام المنتفع برد الشئ:

- يرجع هذا الالتزام إلى طبيعة حق الانتفاع بأنه حق مؤقت. ولذلك فإن المنتفع يلتزم عند انتهاء الانتفاع برد ذات الشئ إلى المالك بنفس حالته التى تسلمه بها. وللتحقق من مدى تنفيذ هذا الالتزام يرجع فى إلى محضر الجرد. إذا كان الانتفاع واردا على منقول فى القانون المصرى.

- فإذا رد المنتفع الشئ متعيبا أو تالفا، فهو مسئول بالتعويض أمام المالك عن ذلك، ويكون مسئولا كذلك عن هلاكه إلا إذا أثبت أن الهلاك راجع إلى سبب أجنبى.

- والأصل أن يرد المنتفع أو ورثته الشئ فور انتهاء حق الانتفاع دون حاجة إلى إعذار. فإذا تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع ثم هلك الشئ فى يده، فإنه يكون مسئولا عن هذا الهلاك ولو بسبب أجنبى (م ٩٩٠/ ٢ مدنى مصرى).

٢- مصير المنشآت والأغراس التى أحدثها المنتفع:

الأصل أن المنتفع يلتزم برد الشئ إلى مالك الرقبة بنفس حالته الأصلية التى تسلمها بها - فإذا كان قد أحدث فى الشئ بناء أو غراسا فمصير ذلك يتوقف على سوء أو حسن نية المنتفع.

فإذا كان المنتفع قد أقام منشآت أو غرس أغراسا فى العين المنتفع بها دون ترخيص من المالك فإنه يعامل معاملة من يحدث أو غراسا فى أرض الغير بسوء نية (م ٩٢٤ مدنى مصرى الخاصة بالالتصاق) طبقا للقواعد العامة وبدون نص.

- أما إذا كان المنتفع قد أقام المنشآت أو غرس الأغراس بترخيص من مالك الرقبة، فإنه يعامل معاملة من يحدث بناء أو غراسا فى أرض الغير بحسن نية فيسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و٩٢٦ مدنى مصرى.

المطلب الثالث

انقضاء حق الانتفاع

ينتهى حق الانتفاع بأسباب عدة نعرض لها فيما يلى:

أولا: انقضاء الأجل المحدد للانتفاع

تنص المادة ٩٩٣/ ١ مدنى مصرى على أنه "ينتهى حق الانتفاع بانتهاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ....".

وعلى ذلك إذا حدد السند المنشئ لحق الانتفاع أجلا فإن حق الانتفاع ينتهى بحلول هذا الأجل. ولكن تحديد هذا الأجل لا يحول دون انقضاءه بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل، لأن المشرع اعتبر هذا الحق منتهيا حتما بموت المنتفع.

ثانيا: موت المنتفع

نقض المادة ١/٩٩٣ مدنى مصرى على أن "... وهو (حق الانتفاع) ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين".

على ضوء ذلك يتضح أن حق الانتفاع لا يورث، بمعنى أنه ينتهى حتما بموت المنتفع، حتى قبل انقضاء الأجل المعين له، كما ينقضى حق الانتفاع بموت المنتفع ولو كان المنتفع قد نزل عنه إلى الغير، وكان هذا الغير ما يزال حيا عند موت المنتفع.

والحكمة من ذلك أن حق الانتفاع يعد اقتطاعا من سلطات المالك وبالتالى فهو يشكل عبء ثقيل على الملكية مما قد يحول دون تداول المال، فإذا ما سمح بتوارث هذا الحق فإن ذلك يشكل مصادرة لحق المالك فى التصرف بعد تقرير حق الانتفاع لذلك قررت القوانين انقضاء حق الانتفاع حتما بموت المنتفع. وبالرغم من ذلك فإن القانون المصرى يجيز ترتيب حق انتفاع لمصلحة شخص اعتبارى، ولو لم يحدد له أجل. وبناء عليه فإنه يظل ما دام الشخص الاعتبارى قائما ولا ينتهى هذا الحق إلا بانقضاء الشخص الاعتبارى المقرر لصالحه الانتفاع. وكان من حسن السياسة التشريعية أن يحدد المشرع حد أقصى لمدة حق الانتفاع فى هذه الحالة كما فعل المشرع الفرنسى حيث نص

فى المادة ٦١٩ مدنى على أن "حق الانتفاع الذى لم يتقرر للأفراد لا يدوم الا ثلاثين عاما".

ثالثا: هلاك الشئ المنتفع به

إذا هلك الشئ المنتفع به هلاكا كليا، فإن حق الانتفاع ينتهى لانعدام محله. وهلاك الشئ المنتفع به قد يكون هلاكا ماديا، كما إذا انهدم البناء المنتفع به. وهذا الهلاك يكون كليا إذا أدى إلى تدمير مادة الشئ بحسب وضعه القانونى بحيث لم يعد من الممكن استخدامه فى الغرض الذى خصص له، فحق الانتفاع ينتهى بمجرد تهدم البناء الوارد عليه بالرغم من بقاء الأرض التى كانت مشغولة بالبناء وأنقاض البناء. وقد يكون هلاكا قانونيا، كما إذا نزعت ملكية العين المنتفع بها للمنفعة العامة. أما إذا كان الهلاك جزئيا، فلا ينقضى الانتفاع إلا جزئيا على الجزء الهالك وحده ويبقى على الجزء القائم طالما أنه ليس من شأن هذا الهلاك تضييع معالم جوهر الشئ حسب تخصيصه.

والهلاك الذى يؤدى إلى انقضاء حق الانتفاع هو الهلاك الناشئ عن قوة قاهرة. وعلى ذلك إذا كان هذا الهلاك راجعا إلى خطأ المنتفع أو خطأ المالك، أجبر المخطئ على إعادة الشئ إلى أصله، بحيث يعود الانتفاع من جديد، ويلتزم مالك الرقبة كذلك، إذا كان الهلاك راجعا إلى خطئه، بتعويض المنتفع عن المدة التى فاته فيها الانتفاع. وإذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ الغير، انتقل حق الانتفاع إلى مبلغ التعويض الذى يلتزم به الغير.

وإذا كان هلاك الشئ المنتفع به راجعا إلى قوة قاهرة فإن حق الانتفاع ينقضى ولا يكون أى من مالك الرقبة أو المنتفع ملتزما بإعادة الشئ إلى أصله (م ٩٩٤/ ٢ مدنى مصرى).

لكن إذا أعاد مالك الرقبة بمحض إرادته الشئ إلى أصله، عاد حق الانتفاع، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى إلى المالك فوائد ما أنفقه فى ذلك طول مدة الانتفاع (م ٩٩٤/ ٢ مدنى مصرى) ولا يجوز للمنتفع فى هذه الحالة أن يعيد الشئ إلى أصله إلا بموافقة المالك، فإذا أعاده بهذه الموافقة رجع حق الانتفاع وكان له أن يسترد ما أنفقه من المالك، وإذا أعاده بدون هذه الموافقة فإنه يعامل معاملة الحائز الذى يبنى فى أرض غيره بسوء نية.

رابعا: التخلى عن حق الانتفاع

يملك المنتفع أن يتخلى عن حقه دون نقلــه إلـى شـخص آخـر، فـى هـذه الحالة يفيد مالك الرقبة من هذا التخلى ويسـتجمع فـى يـده كـل سـلطات الملكيـة. ويلزم ليرتب هذا التخلى أثره إن كان واردا على عقـار أن يتـم تسـجيله ويجـوز لدائنى المنتفع الطعن على هذا التخلى بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها.

خامسا: عدم استعمال حق الانتفاع

ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سـنة (٩٩٥ مدنـى مصرى) ويترتب على ذلك أن يستجمع المالك فى يده كل سلطات الملكية. وهذا التقادم المسقط يرد على كل الحقوق المتفرعة عن الملكيـة. ولكـن حـق الملكيـة ذاته لا يسقط بعدم الاستعمال.

وينقطع هذا التقادم بمعاودة الاستعمال من جانب المنتفـع، ولـو انطـوت هذه المعاودة على إساءة فى الاستعمال. ويقف هذا التقـادم إذا وجـد مـانع يتعـذر معه على المنتفع أن يستعمل الشئ، كما لو كان قاصرا ليس له من يمثله قانونا.

سادسا: اتحاد الذمة

وهذا السبب لا يؤدى إلى انقضاء حق الانتفاع بسبب اتحاد الذمة إلا فى اتجاه واحد فقط، اتجاه المنتفع. وهذا يعنى أن حق الانتفاع ينقضى باتحـاد الذمـة فى الحالات التى تؤول ملكية الرقبة إلى المنتفـع بسـبب مـن الأسـباب، كـالإرث والوصية والهبة والبيع والشفعة. لكن إذا عاد الانتفاع إلى مالك الرقبة بسبب من الأسباب فإنه حق الانتفاع ينقضى بهذا السبب ذاتـه لا بسـبب اتحـاد الذمـة. فـإذا مات المنتفع، فإن حق الانتفاع ينتهى بموت المنتفع، فيعود إلى المالك. فإذا تخلى المنتفع عن حقه بإرادته المنفـردة، أو إذا اشـترى مـالك الرقبـة حـق الانتفـاع أو أخذه بالشفعة أو وهبه المنتفع له، انتهى الانتفاع بسبب ما يمثله ذلـك مـن نـزول المنتفع عن حقه واستجماع المالك كل سلطات الملكية فـى هـذه الحـالات وليـس نتيجة اتحاد الذمة.

واتحاد الذمة ليس سببا نهائيا لانقضـاء حـق الانتفـاع حيـث إنـه إذا زال السبب الذى أكسب المنتفع ملكية الرقبة، نتيجة لبطلانه أو ألغائـه أو فسـخه فإنـه يزول بأثر رجعى ويعود حق الانتفاع إلى الوجود.

ولا يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الضمانات الخاصة، كالتأمين العينى المقرر لصالح دائنى المنتفع، بل تظل تلك الضمانات قائمة رغم اتحاد الذمة.

سابعا: سوء الاستعمال

وقد عرضنا لذلك عند الكلام عن التزام المنتفع بالانتفاع بالشئ بحسب ما أعد له وإدارته حسنة. وقد تعرض المشرع لذلك فى المادة ٩٨٨/ ٢ مدنى مصرى على النحو السابق بيانه.

المبحث الثانى

حق الاستعمال والسكنى

ونعرض هنا للتعريف به، ثم نبين بعد ذلك أحكامه:

أولا: التعريف به ومضمونه

حق الاستعمال هو الحق العينى الذى يتقرر لشخص على شئ مملوك لغيره ويخول لصاحبه استعمال الشئ لنفسه ولأسرته. وإذا كان استعمال الشئ لا يكون إلا بسكناه كان الحق حقا للسكنى.

وقد نصت المادة ٩٩٦ مدنى مصرى على أن "نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام".

وحق الاستعمال يرد على عقار أو على منقول. لكن حق السكنى لا يرد إلا على عقار حيث أن محله محصور فى بناء للسكنى. حق الاستعمال لا يخول صاحبه إلا استعمال الشئ فى حدود ما يحتاجه هو وأسرته الخاصة أنفسهم. وإذا كان استعمال الشئ يؤدى إلى الحصول على ثماره، كما هو الشأن فى استعمال الأرض الزراعية، فإن صاحبه يستحق من هذه الثمار بمقدار ما يسد حاجته هو وأسرته. ويقصد بالأسرة كل من يعولهم صاحب الحق، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم وذلك ما لم يقرر السند المنشئ للحق خلاف ذلك.

ثانيا: أحكام الاستعمال وحق السكنى

تنص المادة ٩٩٧ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى".

وتنص المادة ٩٩٨ مدنى مصرى على أنه "فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين".

ويتضح من ذلك أن هناك أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى فرضتها طبيعتهما الخاصة، ويختلف فيها هذان الحقان عن حق الانتفاع وأهم هذه الأحكام أنه لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى. وهذا يرجع إلى الطابع الشخصى الملحوظ فى تقرير حق الاستعمال وحق السكنى لصاحبه (م ٩٩٦ مدنى مصرى).

لكن يجوز استثناء أن ينزل صاحب الاستعمال أو حق السكنى عنه أو يؤجره بناء على شرط صريح يرد فى السند المنشئ للحق يخوله هذه السلطة، أو إذا وجد مبرر قوى يدعو إلى ذلك. والحكمة من تقرير هذا الاستثناء هى المرونة والتخفيف من حدة المبدأ الذى يقضى بعدم جواز النزول عن الحق أو تأجيره. فقد يوصى شخص بسكنى بيت لأولاده، ثم يمر الزمن، فيضيق بهم البيت، أو يصبح غير لائق لسكناهم، أو ينقلون إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكناه. فإذا طرأت ظروف من هذا القبيل جاز لصاحب الحق أن ينزل عنه أو يؤجره.

وفيما عدا هذه الأحكام الخاصة بالحقين فإنه تسرى عليهما الأحكام المتعلقة بحق الانتفاع متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما. فأسباب كسبهما هى العقد والوصية والتقادم والحيازة أما الشفعة فلا تصلح سببا لكسبهما لأنها تتطلب التصرف فى الحق الوارد على عقار بالبيع ولا يجوز بيعهما. وأسباب الإنقضاء هى ذاتها أسباب انقضاء حق الانتفاع. والتزامات صاحب حق الاستعمال وحق السكنى هى التزامات المنتفع.

ولكن طبيعة حق الاستعمال وحق السكنى قد تؤدى إلى تطويع أحكام حق الانتفاع بما يتفق مع هذه الطبيعة، فحيث حق الاستعمال لا يستغرق كل منافع الشئ فإن صاحبه لا يتحمل إذن من نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من منفعة. كما أن هذه الطبيعة قد تؤدى إلى استبعاد بعض الأحكام، كالحكم الخاص بتسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى أجرتها لصاحب الحق بمقتضى حكم من القضاء على أثر الاستعمال غير

المشروع لحق الانتفاع (م ٩٨٨/ ٢ مدنى مصرى) وأخيرا لا يجوز للدائنين أن يحجزوا على حق الاستعمال والسكنى حيث أنه لا يجوز النزول عنهما.

المبحث الثالث

حق الحكر

التعريف بحق الحكر ومجاله:

- حق الحكر مقرر فى الفقه الإسلامى منذ قديم. وفى ظل القانون المدنى المصرى القديم كان معمولا به ويطبق القضاء عليه الأحكام الواردة فى الفقه الإسلامى.

- وحق الحكر يعطى المحتكر، للأبد أو لمدة طويلة ولقاء أجره محددة، الانتفاع بأرض خربة أو بحاجة إلى إصلاح كبير لا يقدر المالك على تحمل نفقاته، وذلك بقصد تعمير هذه الأرض أو استصلاحها بالبناء أو الغراس عليها.

وقد نظم التقنين المدنى الحالى هذا الحق مؤكدا صفته العينية كحق متفرع عن الملكية مع الحد من انتشاره وتضييق نطاقه، لأنه يمثل قيد خطير على الملكية. وذلك بأن قصر حق الحكر على الأرض الموقوفة (م ١٠١٢ مدنى مصرى) وبعد ألغاء الوقف على غير الخيرات بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ انحصر الحكر فى الأحكار الواردة على الأوقاف الخيرية، وحتى بالنسبة لهذه الأحكار أعطى المشرع وزير الأوقاف سلطة إنهاء هذه الأحكار بقرار منه إذا اقتضت المصلحة ذلك.

ونعرض فى هذا المبحث لدراسة إنشاء الحكر، وآثاره، وانتهاءه.

المطلب الأول

إنشاء حق الحكر

لا ينشأ حق الحكر إلا بمقتضى عقد يتم فى الشكل المطلوب، لضرورة أو مصلحة على عين موقوفة لمدة محددة لا تجاوز الحد الأقصى المقرر، مقابل أجرة معينة يدفعها المحتكر.

أولاً: التراضى فى الشكل المطلوب والضرورة أو المصلحة

تنص المادة ١٠٠٠ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها الأرض

كلها أو أكثرها قيمة. ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين. ويجب شهره وفقا لأحكام الشهر العقارى".

وعلى ذلك يلزم لإنشاء الحكر اتباع عدة إجراءات، أولها الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة. وأن يثبت ناظر الوقف، حين يطلب الإذن، أن التحكير تقتضيه الضرورة إذا كان الوقف مخربا وليس له ريع لإصلاحه، أو تمليه مصلحة إذا كان المحتكر أقدر من الوقف على الإصلاح. ثم بعد الإذن يجب استصدار حجة به على يد رئيس المحكمة أو من يحيل عليه من القضاة أو الموثقين. وبالتالى لا تكفى فيه ورقة رسمية عادية توثق فى مكتب التوثيق. وأخيرا يلزم للاحتجاج به سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير أن يتم تسجيله فى الشهر العقارى.

ثانيا: محل حق الحكر أرض موقوفة

تنص المادة ١٠١٢ مدنى مصرى على أنه "١- من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة. ٢- والأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى فى شأنها الأحكام المبينة فى المواد السابقة".

يتضح من ذلك أن إنشاء الحكر قد انحصر فى الأراضى الموقوفة وحدها. وذلك بعد نفاذ التقنين المدنى. وقد ترتب على إلغاء الوقف الأهلى، وإعطاء وزير الأوقاف سلطة إلغاء الحكر على الوقف الخيرى، أن ضاق نطاق تطبيق الحكر.

والأصل أن يرد حق الحكر على أرض فضاء موقوفة يقوم المحتكر بالبناء أو الغراس فيها لتعميرها أو استصلاحها. ولكن إذا ورد على أرض موقوفة عليها بناء قائم ولكن يحتاج إلى إصلاح كان هذا الحكر من نوع خاص ويسمى "بعقد الإيجارتين". وحق الإجارتين حق عينى كحق الحكر، ولكنه يختلف عنه فى ثلاثة أمور ١- من حيث المحل، فالحكر العادى يرد على أرض بناء وعلى أرض زراعية وحق الإجارتين يرد على بناء قائم على أرض موقوفة فى حاجة إلى إصلاح. ٢- من حيث الغرض، الحكر العادى يهدف إلى تعمير الأرض بالبناء عليها أو استصلاحها بالغراس فيها، وحق الإجارتين

يهدف إلى إصلاح البناء فى حاجة إلى الإصلاح. ٣- من حيث المقابل، صاحب الحكر العادى لا يدفع سوى أجرة المثل، أما صاحب حق الإجارتين فإنه يدفع مقابلين، هما ثمن البناء وأجرة سنوية للأرض وهى أجرة المثل (أنظر م ١٠١٣ مدنى مصرى) وفيما عدا ذلك من أحكام فيسرى على حق الإجارتين أحكام الحكر.

ثالثا: مدة الحكر

تنص المادة ٩٩٩ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة. فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة، اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة" وبذلك أصبح حق الحكر حقا مؤقتا بعد أن كان حقا مؤبدا.

رابعا: الأجرة

وقد نظمت المادة ١٠٠٤، ١٠٠٥ مدنى أحكام الأجرة فى الحكر. ويتضح من هذه النصوص أن أجرة الحكر هى أجرة المثل وقت التحكير. وحيث أن الحكر يدوم مدة طويلة تصل أقصاها إلى ستين سنة، فإنه كان من الطبيعى حدوث تغيير فى أجرة المثل أو نقصها، وهذا ما يسمى بتصقيع الحكر. لكن يجب أن يكون هذا التغيير فى أجرة المثل بالزيادة أو النقص فاحشا. ولذلك قدره القانون المدنى بما يزيد على الخمس قياسا على الغبن الفاحش. وقد نصت المادة ١٠٠٤/ ٢ مدنى على ذلك بقولها "وتزيد هذه الأجرة (أجرة الحكر) أو تنقص كلما بلغ التغيير فى أجرة المثل حدا يجاوز الخمس زيادة أو نقصا، على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير".

ويرجع فى تقدير الزيادة أو النقص فى أجرة المثل إلى ما للأرض من قيمة إيجارية وقت التصقيع. فتقدر الأجرة فى هذا الوقت على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء، ومع مراعاة صقع الأرض ورغبات الناس فيها. بحيث لا ينظر فى ذلك إلى ما فى الأرض من بناء أو غراس، ولا إلى ما أحدثه المحتكر من تحسين فى ذات الأرض أو فى صقع الجهة بسبب إصلاحه لحالة الأرض أو بسبب البناء الذى أقامه، ولا إلى ما للمحتكر من حق القرار. فحالة الأرض عند التحكير هى التى يعتد بها عند تقدير الأجرة. وإذا تم تصقيع الحكر على هذا النحو، فإن لم يتم الاتفاق، وجب الرجوع إلى القضاء. فإذا صدر حكم

بالتقدير الجديد، سرى هذا التقدير من يوم رفع الدعوى (م ١٠٠٦ مدنى مصرى).

المطلب الثانى
آثار الحكر

يترتب على الحكر حقوق تثبت للمحتكر والتزامات تقع عليه. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولا: حقوق المحتكر

ويترتب على الحكر حقوق للمحتكر، فله حق الحكر على الأرض المحكرة، وله حق ملكية ما يحدثه على هذه الأرض من بناء أو غراس. ولذلك يكون للمحتكر أن يتصرف فى حق الحكر بجميع أنواع التصرف.

تنص المادة ١١٠١ مدنى مصرى على أن "للمحتكر أن يتصرف فى حقه وينتقل هذا الحق بالميراث".

يتضح من ذلك أن للمحتكر حق عينى على الأرض المحكرة، هو حق الحكر. ويخول حق الحكر للمحتكر الانتفاع بالأرض المحكرة انتفاعا من شأنه تعميرها واستصلاحها، وأكثر ما يتحقق ذلك عن طريق البناء عليها أو بالغرس فيها، أو لأى غرض آخر. والمحتكر يتملك ما يحدثه من بناء أو غراس ملكا تاما (م ١٠٠٢ مدنى مصرى) وهو بذلك يكون له حق الحكر على الأرض وحق الملكية على البناء والغراس.

ولذلك يكون للمحتكر أن يتصرف فى حق ملكية البناء أو الغراس وحده مع احتفاظه لنفسه بحق الحكر، أو أن يتصرف فى حق ملكية البناء والغراس مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى مصرى) وهذا هو الغالب. وبالجملة يستطيع المحتكر أن يتصرف فى حق الحكر بجميع أنواع التصرف، فله أن يبيعه أو يهبه، أو يرتب عليه أوله حق ارتفاق، أو يرتب عليه حق انتفاع أو يؤجره، وله أن يقفه وقفا خيريا، وله أن ينشئ عليه حق حكر، وله أن يوصى به، كما ينتقل حق الحكر عنه بالميراث إلى الورثة.

وللمحتكر أن يحمى حقه بأن يرفع كل الدعاوى اللازمة لذلك، كالدعوى العينية التى يحمى بها الحكر ذاته، وكذلك جميع دعاوى الحيازة. كما يثبت

للمحتكر حق أخذ الرقبة المبيعة بالشفعة (م ٩٣٦ مدنى مصرى) فيؤدى ذلك إلى انتهاء حق الحكر باتحاد الذمة.

ثانيا: التزامات المحتكر

يقع على عاتق المحتكر الالتزامان الآتيان:

١- التزام المحتكر بدفع الأجرة:

تنص المادة ١٠٠٣ مدنى على ما يأتى "١- على المحتكر أن يؤدى الأجرة المتفق عليها إلى المحكر. ٢- وتكون الأجرة مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك" وتنص المادة ١٠٠٤/ ١ على أن "لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل".

وتنص المادة ١٠٠٩ مدنى مصرى على أنه "يجوز للمحكر، إذا لم تدفع له الأجرة ثلاثة سنين متوالية، أن يطلب فسخ العقد".

يتضح من ذلك أن المحتكر يلتزم التزاما شخصيا بدفع الأجرة للمحكر، والتى لا يجوز أن تقل عن أجرة المثل. وهى عادة أجرة زهيدة بالنظر إلى أن الأرض الموقوفة تكون غالبا خربة أو بحاجة إلى إصلاح كبير مما يتطلب نفقات باهظة. وهذه الأجرة تخضع للمراجعة كل ثمانى سنوات بالزيادة أو النقص كلما بلغ التغيير فى أجرة المثل حدا يجاوز الخمس. ويكون فى مقابل ذلك للمحكر دعوى المطالبة بالأجرة، وهذا حق شخصى تختص بنظر النزاع فيه محكمة المدعى عليه وهو المحتكر. ودعوى تصقيع الحكر، وهى دعوى عينية متفرعة عن حقه فى ملكية الرقبة المحكرة، تختص بنظرها المحكمة الواقع فى دائرتها العقار المحتكر.

والأجرة تكون مستحقة الدفع كل سنة، ويكون هذا الدفع فى نهاية السنة بمعنى أن تكون الأجرة مؤجلة لا معجلة، على خلاف القواعد العامة، وذلك ما لم يتفق على غيره (م ١٠٠٣/ ٢ مدنى).

وإذا لم يدفع المحتكر الأجرة، فإنه يجوز للمحكر أن يطلب التنفيذ العينى، كما يجوز له أن يطلب التعويض إن كان له مقتض. ولكن لا يجوز للمحكر أن يطلب فسخ عقد الحكر لعدم الوفاء بالأجرة، إلا إذا تأخر المحتكر عن الدفع ثلاث سنوات متواليات (م ١٠٠٩ مدنى). ويرجع ذلك إلى أن المحتكر، خلافا عن الإجارة العادية، يتكلف عادة نفقات باهظة فى تعمير

الأرض واستصلاحها ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد هذه الفترة الملائمة من الزمن.

٢- التزام المحتكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال:

تنص المادة ١٠٠٧ مدنى على ما يأتى: "على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال، مراعيا فى ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض والغرض الذى أعدت له، وما يقضى به عرف الجهة".

ويتضح من ذلك أنه يقع على عاتق المحتكر التزاما أساسيا، يكشف بجلاء عن الغرض من التحكير، بأن يتخذ من الوسائل اللازمة ما يجعل الأرض صالحة للاستغلال. وهو يتقيد فى ذلك بما يفرضه عقد الحكر من شروط. فإذا لم تكن هناك شروط، وجب عليه أن يراعى طبيعة الأرض، كأن تكون أرض منخفضة فيقوم بردمها، أو تكون أرض عالية غير مستوية فيقوم بتسويتها. كما يراعى الغرض الذى أعدت له الأرض، كأن تكون أرض زراعية فلا يجوز له أن يحولها إلى أرض بناء والعكس بالعكس. كما يراعى أيضا ما يقضى به عرف الجهة، فإن كان يقضى باتخاذ طريقة خاصة فى الاستغلال، وجب عليه اتباعها.

إخلال المحتكر بهذا الالتزام يستتبع توقيع الجزاءات التى تفرضها القواعد العامة. فيجوز للمحكر أن يطلب التنفيذ العينى أو الفسخ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض. ولا يلزم هنا أى شرط خاص بالفسخ، بل يجوز طلبه بمجرد الإخلال بالالتزام الذى نحن بصدده طبقا للقواعد العامة.

المطلب الثالث

انتهاء الحكر

ينتهى حق الحكر بعدة أسباب على النحو التالى:

أولا: حلول الأجل

ينتهى حق الحكر بحلول الأجل المتفق عليه (م ١٠٠٨/ ١ مدنى). فإذا كانت المدة المعينة لحق الحكر ستين سنة أو أقل، فإنه ينتهى بانقضاء المدة

المعينة له. أما إذا كانت المدة أطول من ستين سنة أو أغفل تعيين المدة، فإن الحكر ينتهى حتما بانقضاء ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى).

ثانيا: موت المحتكر قبل البناء أو الغراس

تنص المادة ١٠٠٨/ ٢ مدنى على ما يأتى "ومع ذلك ينتهى هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر".

إذا مات المحتكر قبل أن يقوم بالبناء أو الغراس. كان للورثة أن يختاروا بين بقاء الحكر أو انتهائه. والحكمة من ترك الخيار للورثة هو أنه قد يتضرر الورثة من انتقال الحكر إليهم لما يستلزمه تعمير الأرض واستصلاحها من نفقات باهظة. ولذلك اعتبر المشرع حق الحكر منتهيا فى هذه الحالة إلا إذا طلب جميع الورثة بقاءه. فإذا طلبوا جميعا ذلك فإنهم يحلون محل مورثهم فى الالتزام بالبناء أو الغراس وإذا لم يجمعوا على هذا الطلب، انتهى حق الحكر بموت المحتكر وقبل انقضاء أجل الحكر.

ثالثا: زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة

تنص المادة ١٠٠٨/ ٣ مدنى على أن "وينتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال الصفة بسبب رجوع الواقف عن وقفه أو إنقاصه لمدته، ففى هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

الأصل أن ينتهى حق الحكر قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، لأنها لا تصبح محلا صالحا لحق الحكر. وهذا الحكم وجد تطبيقا له فى نص المادة ٧ من المادة بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الصادر بإلغاء الوقف على غير الخيرات حيث تنص على أن "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبا على أرض انتهى وقفها وفقا لأحكام هذا القانون".

لكى يستثنى من ذلك أن يكون زوال الوقف عن الأرض المحكرة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته، ففى هاتين الحالتين يبقى الحكر قائما. وهذه صورة تمثل استثناء عن القاعدة العامة حيث يكون فيها الحكر قائما على

أرض غير موقوفه. والحكمة من ذلك أن المشرع قدر أن الواقف في هاتين الصورتين يكون "ناقضا لما تم من وجهته، فيتعين أن يرد عليه سعيه".

رابعا: التقادم المسقط

تنص المادة ١٠١١ مدنى على أن "ينتهى حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشر سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفا فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة".

يتضح من ذلك أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان حق الحكر موقوفا أو غير موقوف. فإذا كان حق الحكر غير موقوف فإنه يسقط بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة. وهذه الحالة تمثل الأصل، فحق الحكر يرد في الأصل على أرض موقوفة لكن هو فى ذاته غير موقوف. لكن قد يتصرف المحتكر فى حقه بأن يقفه وقفا خيريا، فى هذه الحالة يسقط حق المحكر بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدنى).

خامسا: القرار الإدارى

تمحض التطور إلى إنحصار الحكر فى أراض الأوقاف الخيرية بعد إلغاء الوقف على غير الخيرات بالمرسوم رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢. ومع ذلك رخص المشرع لوزير الأوقاف حق إصدار قرار بإنهاء الأحكار الواردة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة هذا الإنهاء. ومن شأن فتح هذا الطريق للإنهاء التضييق فى مجال الحكر إلى حد كبير.

سادسا: اتحاد الذمة

إذا تملك المحكر حق الحكر، أو تملك المحتكر حق الرقبة كأن اشترى أحدهما من الآخر حقه أو ورثه منه أو أخذه بالشفعة أصبح مالكا للأرض ملكية تامة، وانتهى حق الحكر باتحاد الذمة.

مصير البناء أو الغراس عند انتهاء حق الحكر:

تنص المادة ١٠١٠ مدنى على ما يأتى "١- عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره.

٢- وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال. وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته".

ويشمل نطاق تطبيق النص حالة انتهاء حق الحكر وحالة فسخ عقد الحكر.

وهذا النص يعطي المحكر الخيار بين أمرين: ١- أن يطلب إزالة البناء أو الغراس، ويسترد بذلك الأرض خالية. ٢- أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع أقل القيمتين: قيمة البناء أو الغراس مستحق البقاء، أو قيمته مستحق الإزالة. وهذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره[١].

وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا وجدت ظروف استثنائية تبرر الإمهال. فإنه يجوز للمحكمة أن تمنحه أجلا للدفع، أو تجعل الدفع على أقساط، بشرط أن يقدم للمحتكر كفالة أو رهنا لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته.

---

(١) نقض ١٩٩٤/١٠/٣٠ س ٤٥ ص ١٢٩٨.

الفصل الثانى

حق الارتفاق

تمهيد وتقسيم:

سبق لنا التفرقة بين القيود القانونية الواردة على حق الملكية وبين الإرتفاق، والوقوف على النتائج المترتبة على هذه التفرقة. ونعرض فى هذا الفصل لحق الارتفاق فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بحق الارتفاق.

المبحث الثانى: أحكام حق الارتفاق.

المبحث الثالث: انقضاء حق الارتفاق.

المبحث الأول

التعريف بحق الارتفاق

ونعرض فى هذا المبحث لماهيته وبيان خصائصه، ثم لأنواعه، وأخيرا لمصادره.

المطلب الأول

ماهية حق الارتفاق وبيان خصائصه

أولا: ماهيته

تنص المادة ١٠١٥ مدنى مصرى على أن "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر".

ثانيا: خصائصه

وعلى ضوء هذا التعريف تستطيع أن تبرز خصائص حق الارتفاق فيما يلى:

١- حق الارتفاق حق عينى عقارى:

حق الارتفاق حق عينى أصلى يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به. وحق الارتفاق لا يرد إلا على عقار ليحد من منفعته لفائدة عقار غيره مملوك لشخص آخر. ولذلك فهو دائما حق عقارى.

٢- حق الارتفاق حق له طابع الدوام:

الأصل أن حق الارتفاق يدوم بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به كما أن هذا الحق يتبع كل من العقار المرتفق والعقار المرتفق به ولا ينفصل عنهما فيما يجرى عليهما من تصرفات، كما لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار إلا بالتخلى عنه. فحق الارتفاق يتبع العقار المرتفق، بحيث يعتبر من ملحقاته فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية العقار. وكذلك يكون الوضع بالنسبة إلى العقار المرتفق بـه، فحق الارتفاق يتبع العقار المرتفق بـه باعتباره من الأعباء أو التكاليف الملحقة به، فيظل مثقلاً بحق الارتفاق فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية هذا العقار.

ونقصد بطابع الدوام الذى يتصف به حق الارتفاق أن هذا الدوام وإن كان ليس من جوهره إلا أنه من طبيعته. ولذلك نجد أن حق الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال، كما أن طبيعته لا تأبى التأقيت بأجل معين، ينتهى بانقضاء الأجل. كما أن هذه الطبيعة لا تمنع من انقضاء حق الارتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

٣- حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة:

ويقصد بذلك أن حق الارتفاق مقرر لفائدة العقار المرتفق كله، كما أنه يثقل العقار المرتفق به كله. فإذا جزئ العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه (م ١٠٢٤ مدنى مصرى) وإذا جزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعاً على كل جزء منه. (م ١٠٢٥ مدنى مصرى) هذا هو الأصل.

٤- حق الارتفاق يتقرر على عقار لمصلحة عقار غيره مملوك لشخص آخر:

ينشئ حق الارتفاق علاقة بين عقارين مملوكين لمالكين مختلفين، يكون من مقتضاها تحميل أحدهما بعبء أو تكليف عينى إستثنائى وتحقيق مصلحة أو منفعة عينية للعقار الآخر ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ- يلزم أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين:

فحق الارتفاق بطبيعته يقتطع من سلطة المالك أو يحد منها، وبالتالى لا يتصور أن يثبت هذا الحق إلا لشخص آخر غير المالك. فلا يعقل أن يتقرر

الارتفاق على عقار مملوك للشخص نفسه، فهذا الشخص له الملكية التامة التى تتيح له كل أوجه الاستعمال والاستغلال والتصرف.

والذى يحول دون نشوء الارتفاق ملكية الشخص للعقار فى نفس الوقت ملكية مفرزة. وعلى ذلك إذا وجد عقاران أحدهما مملوك على الشيوع لعدة شركاء والآخر مملوك ملكية مفرزة لأحد الشركاء فإنه لا يوجد مانع من الاتفاق على تحميل العقار الشائع بارتفاق لصالح العقار المفرز أو العكس.

ب- يجب أن يكون التكليف على عقار لفائدة عقار:

جوهر حق الارتفاق هو التكليف الذى يتقرر على عقار لصالح عقار آخر. ويسمى العقار المستفيد العقار المرتفق أو العقار المخدوم، ويسمى العقار المقرر عليه التكليف العقار المرتفق به أو العقار الخادم.

وعلى ذلك فإن العلاقة التى ينشئها حق الارتفاق بين العقارين لها وجهان:

- **الوجه الأول:** تحميل العقار المرتفق به بعبء أو تكليف عينى. وهذا العبء أو التكليف الذى يحمل به العقار المرتفق به أو العقار الخادم يعتبر عبئا استثنائيا وهذا ما يميزه عن القيود القانونية على النحو السابق بيانه.

- **الوجه الثانى:** تحقيق فائدة أو منفعة عينية للعقار المرتفق هذا هو الوجه المقابل للعبء أو التكليف العينى الذى يتحمله العقار الخادم أو العقار المرتفق به. ولذلك فلها نفس الطبيعة، أى أنها منفعة عينية للعقار المخدوم ذاته بحيث تتعلق باستعماله أو استغلاله، وبالتالى فهى ليست منفعة شخصية لمالك العقار المخدوم. وهذه المنفعة قد تقررت بالنظر إلى العقار ذاته لا بالنظر إلى صاحبه ولذلك فهى تثبت لكل مالك لهذا العقار.

وعلى ذلك فمناط حق الارتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المخدوم أو المرتفق وليست منفعة شخصية لمالك العقار[1]. ولنضرب لذلك مثلاً يوضح لنا هذا الفارق، إن مجرد إعطاء مالك عقار حق إيداع سيارته فى حظيرة موجودة بأرض جاره لا يخوله على هذه الأرض حق ارتفاق بذلك، لأن المنفعة هنا منفعة شخصية لمالك العقار وليست منفعة عينية للعقار ذاته، ولكن على العكس من ذلك إذا كان هذا العقار فندقاً وترتب له حق إيداع سيارات

---

(١) نقض ١٩٩٣/١/٢١ س ٤٤ ص ٢٧٥.

نز لانه فى حظيرة موجودة بارض جاره فإن هذا الحق يمكن أن يعتبر حق ارتفاق حيث أن المنفعة هنا منفعة عينية مقررة للعقار باعتباره فندقاً وليست مقررة لصاحبه. وقد أورد المشرع تطبيقاً تشريعياً لذلك فنصت المادة ١٠١٨/ ١ على أنه "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود. هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره".

المطلب الثانى

أنواع حقوق الارتفاق

مضمون حق الارتفاق وأنواعه:

يختلف حق الارتفاق عن غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى بأنه يتعذر تحديد مضمونه تحديداً قاطعاً. ويرجع ذلك إلى كثرة أنواع الارتفاق، إذ يختلف هذا المضمون باختلاف هذه الأنواع. فهناك ارتفاق المرور، وارتفاق المطل، وارتفاق المجرى، وارتفاق عدم تعلية البناء إلى ما يجاوز ارتفاعاً معيناً، إلى غير ذلك من الأنواع المختلفة للارتفاق.

ولذلك تتنوع حقوق الارتفاق بتنوع مضمونها، أو بحسب طبيعة هذا المضمون، أو مظهره إلى ثلاثة أنواع:

أولاً: الارتفاقات الإيجابية والارتفاقات السلبية:

وينقسم الارتفاق تبعاً لمضمونه إلى ارتفاق إيجابى وارتفاق سلبى. والارتفاق الإيجابى هو الذى يخول صاحب العقار المرتفق أو المخدوم سلطة القيام بأعمال إيجابية على العقار المرتفق به أو الخادم، مثل ذلك الارتفاق بالمرور، أو باغتراق المياه، أو برعى المواشى. والارتفاق السلبى هو الذى يمتنع معه على صاحب العقار المرتفق به أو الخادم أن يقوم بأعمال معينة فى عقاره كان يحق له القيام بها. فهو يتمحض عن حرمان صاحب العقار لمرتفق به أو الخادم من استعمال بعض سلطاته، كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم تعلية البناء إلى ما يجاوز ارتفاعاً معيناً، أو ارتفاق عدم المطل.

وستظهر أهمية هذا التقسيم فى حساب مدة التقادم المسقط لعدم استعمال حق الارتفاق. وكذلك فيما يتعلق بالأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق.

ثانياً: الارتفاقات المستمرة والارتفاقات غير المستمرة

ومعيار التفرقة بين الارتفاقات المستمرة والارتفاقات غير المستمرة يكمن فى مدى الحاجة إلى تدخل الإنسان لممارستها، أى فيما إذا كان استعمال يحتاج إلى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المرتفق من عدمه.

وعلى ذلك فالارتفاق المستمر هو الذى لا يحتاج استعماله إلى تدخل متجدد من قبل صاحب العقار المرتفق أو المخدوم. ومثل ذلك الارتفاق بالمطل، أو بالشرب، أو بالمجرى، أو بالمسيل، أو بعدم البناء. بالجملة كل الارتفاقات السلبية تعتبر ارتفاقات مستمرة وكذلك بعض الارتفاقات الإيجابية. ولا يغير من هذه الطبيعة المستمرة الحاجة إلى تدخل الإنسان فى البداية بالنسبة لبعض الارتفاقات لإمكان استعمالها بعد ذلك. فمثلاً يحتاج الارتفاق بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل فى البداية إلى حفر مجرى للمياه، لكن متى تم الحفر فالماء يجرى فيه أو يسيل من دون حاجة إلى تدخل من جانب صاحب العقار المرتفق أو المخدوم. والارتفاقات السلبية لا تحتاج فى استعمالها إلى هذا التدخل أصلاً منذ البداية، كالارتفاق بعدم البناء. أما الارتفاقات غير المستمرة، فيحتاج استعماله إلى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المرتفق أو المخدوم. إذ بهذا التدخل المتجدد يستشعر بالعبء الاستثنائى الذى يثقل العقار المرتفق به أو الخادم، ومن أمثلته الارتفاق بالمرور، أو باغتراف المياه، أو برعى الماشية.

وستظهر أهمية التقسيم فيما يتعلق بحساب مدة التقادم المسقط عند انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال.

ثالثاً: الاتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة

ويكمن معيار هذا التقسيم فيما إذا كانت هناك علامة خارجية تدل عليه من عدمه، بأن تكون للارتفاق علامة ظاهرة، أو لا تكون له هذه العلامة. ولذلك فإن ارتفاقاً معيناً قد يكون ظاهراً فى حالة، ولا يكون كذلك فى أخرى تبعاً لظروف الواقع. فالارتفاق بالمرور قد يكون ظاهراً إذا كان له طريق مخطط يمارس فيه، ويكون غير ظاهر إذا لم يكن الطريق محدداً بعلامة خارجية. والارتفاق بالمجرى يكون ظاهراً إذا كانت له قناة مكشوفة تجرى فيها المياه، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجرى فى أنابيب مدفونة فى باطن الأرض. ولكن بعض الارتفاقات لا يكون إلا ظاهراً، كالارتفاق بالمطل، حيث لا يتصور

وجوده دون نافذة أو شرفة أو نحو ذلك من العلامات الخارجية التى تدل عليه. وقد تكون هناك ارتفاقات بطبيعتها غير ظاهرة، كالارتفاقات السلبية، كالارتفاق بعدم البناء.

والعلامة الظاهرة التى تدل على الارتفاق توجد حيث يستعمل الارتفاق، فقد تكون فى العقار المرتفق، كما فى الارتفاق بالمطل، وقد تكون فى العقار المرتفق به، كما فى الارتفاق بالمرور وبالمجرى.

وستظهر أهمية هذا التقسيم فى صدد اكتساب الارتفاق بالتقادم. كما سوف نرى.

المطلب الثالث

مصادر حق الارتفاق

تنص المادة ١٠١٦ مدنى مصرى على أن "١- حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث. ٢- ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

وتنص المادة ١/١٠١٧ مدنى على أنه "يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى".

ويتضح من ذلك أن مصادر حق الارتفاق، التصرف القانونى، ويشمل العقد والوصية. وتخصيص المالك الأصلى، والتقادم. "وذكر الميراث فى النص بين أسباب كسب حق الارتفاق عمل غير دقيق، لأن حق الارتفاق لا ينتقل استقلالا من شخص إلى آخر، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعا له كما سبق أن ذكرنا.

ولنعرض الآن لهذه الأسباب على التوالى:

أولا: التصرف القانونى

والتصرف القانونى الذى كسب بموجبه حق الارتفاق يعتبر تصرفا منشئا للحق ابتداء، وليس ناقلا له من شخص إلى آخر. ويستوى أن يكون هذا التصرف عقدا أو وصية. كما أن هذا التصرف هو السبب الوحيد الذى ينشأ به حق الارتفاق أيا كان نوعه، سواء كان إيجابيا أو سلبيا، مستمرا أو غير مستمر، ظاهرا أو غير ظاهر.

والتصرف القانونى هو الذى يبين حدود الارتفاق ومداه، ولكن عند وجود نقص فى هذا الشأن يرجع إلى النصوص التى أوردها المشرع. ويلزم تسجيل هذا التصرف لأنه يتضمن إنشاء لحق عينى.

ثانياً: تخصيص المالك[1]

تنص المادة ١٠١٧ مدنى مصرى على أنه "١ - يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلى. ٢- ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى، إذا تبين بأى طريقة من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين. ففى هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما، ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك".

وتخصيص المالك الأصلى هو العمل الذى به ينشئ مالك عقارين علاقة تبعية واقعية بينهما. من شأنها أن تجعل أحد العقارين يتحمل بعبء استثنائى لمنفعة العقار الآخر، كما لو كان هناك حق ارتفاق، رغم عدم وجود هذا الحق قانوناً لأن العقارين مملوكان لمالك واحد. لكن إذا تغير هذا الوضع بحيث أصبح العقارات مملوكين لمالكين مختلفين بسبب من الأسباب، مع بقاء علاقة التبعية الواقعية التى كانت قائمة من قبل، نشأ حق الارتفاق، ويكون مصدره تخصيص المالك الأصلى. مثال ذلك أن شخصاً يملك بناءين متجاورين، وفتح فى أحدهما مطلاً على الآخر دون مراعاة المسافة القانونية، ثم باع هذا البناء الآخر ولم يعترض المشترى على الوضع السابق بالنسبة إلى المطل، فإنه ينشأ فى هذه الحالة ارتفاق بالمطل لفائدة البناء الأول على البناء المبيع بتخصيص المالك الأصلى.

ويشترط لنشوء الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ما يلى:

١- يجب أن يوجد عقاران كانا مملوكين لمالك واحد. ويستوى أن يكون العقاران منفصلين أو بصدد جزئين من عقار واحد. بالرغم من أن النص يتكلم عن عقارين، منفصلين إلا أنه لا محل للتفرقة بين الحالتين.

---

(١) نقض ١٩٩٣/١/٢١ س ٤٤ ص ٢٧٥.

٢- يجب أن تكون علاقة التبعية الواقعية التى أنشأها المالك تنبئ بوجود ارتفاق ظاهر لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين.
٣- يجب أن تكون هناك علامة ظاهرة تدل على علاقة التبعية الواقعية بين العقارين.
٤- يجب أن يصير لعقاران مملوكين لمالكين مختلفين.
٥- عدم وجود شرط يخالف ذلك.

ثالثاً: التقادم

تنص المادة ١٠١٦/ ٢ مدنى مصرى على أنه "لا يكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

ويتضح من ذلك أن اكتساب حق الارتفاق بالتقادم قاصر فقط على الارتفاقات الظاهرة. وعلى ذلك يستبعد اكتساب الارتفاقات غير الظاهرة بالتقادم لكن يستوى أن يكون الارتفاق الظاهر مستمر، كالارتفاق بالمطل، أو يكون غير مستمر كالارتفاق بالمرور إذا كانت معالم الطريق ظاهرة.

أما القانون الفرنسى لا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة المستمرة وحدها (م ٦٩٠ مدنى فرنسى) وهذا يرجع إلى اعتبارات تاريخية ليس لها ما يبررها.

المبحث الثانى

أحكام حق الارتفاق

ونعرض هنا لموضوعين على التوالى، لنطاق حق الارتفاق واستعماله، ثم بعد ذلك لمركز صاحب العقار المرتفق به.

المطلب الأول

نطاق حق الارتفاق وإستعماله

نعرض فى هذا المطلب على التوالى لنطاق هذا الارتفاق ولاستعماله فى الفقرات التالية:

أولاً: نطاق حق الارتفاق

١- تحديد نطاق حق الارتفاق:

يقصد بنطاق حق الارتفاق الأعمال التي تدخل في سلطة مالك العقار المرتفق ويكون له حق القيام بها. ولتحديد هذا النطاق يجب الرجوع إلى مصدر حق الارتفاق:

- فإذا كان مصدر حق الارتفاق هو التصرف القانوني، عقداً كان أو وصية، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند المنشئ للحق. ويكون لقاضي الموضوع سلطة تفسير هذا التصرف، على ضوء الظروف التي تم فيها، بمراعاة وضع الأماكن، وحيازة الارتفاق وغير ذلك من ظروف. وإذا كان هناك شك في تحديد مدى الارتفاق، تعين على القاضي أن يوازن بين فائدة العقار المرتفق وتحميل العقار المرتفق به بأقل عبء ممكن مع مراعاة عدم التوسع في التفسير في هذا الصدد باعتبار أن حق الارتفاق يفرض تكليفاً استثنائياً.

- وإذا كان مصدر حق الارتفاق هو التقادم، فإن نظامه يتحدد بحسب ما وردت عليه الحيازة نوعاً ومقداراً. فمن يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمرور لا يحق له سوى المرور، فلا يجوز له أن يستعمل الطريق لوضع أنابيب توصل المياه إلى منزله. ومن يكسب حق ارتفاق بفتح نافذة في طابق معين، لا يجوز له أن يفتح نافذة ثانية في الطابق ذاته ولا في طابق أدنى أو أعلى منه.

- وإذا كان مصدر حق الارتفاق تخصيص المالك الأصلي، فيتحدد نطاقه طبقاً لحقيقة الوضع الفعلي الذي أوجده المالك بين عقاريه بما جعل أحدهما خادماً للآخر.

٢- يشمل حق الارتفاق أيضاً ما يعتبر من مستلزماته:

لا يقتصر نطاق حق الارتفاق على ما تحدد به طبقاً لمصدره المنشئ على النحو السابق فحسب، بل يشمل كذلك كل ما يعتبر من مستلزماته، أي ما يكون ضرورياً لاستعماله. فالارتفاق باغتراف المياه من عين الغير، يتضمن بالضرورة حق المرور في هذه الأرض التي تقع فيها العين، والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المجرى لتوصيل المياه إلى الأرض المرتفقة.

وقد نص القانون الفرنسي على ذلك صراحة في المادة ٦٩٦ مدني فرنسي. ومع أن القانون المصري لم يتضمن نص مقابل إلا أن هذا الحكم يعمل به دون نص لأنه مستمد من طبيعة الارتفاق ذاته.

٢- أثر تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به على حق الارتفاق:

الأصل أن الارتفـاق لا يتـأثر نتيجـة تجزئـة العقـار المرتفـق أو العقـار المرتفق به، فيبقى بوضعه الذى بدأ به دون تغيير، أى يبقـى مقـرراً لمنفعـة كـل جزء من العقار المرتفق وعلى كل جزء من العقار المرتفق به. ولنر ذلـك بشـئ من التفصيل.

بالنسبة لتجزئة العقار المرتفق:

تنـص المـادة ١٠٢٣ مدنـى مصـرى علـى أنــه "١- إذا جـزئ العقـار المرتفق، بقى الارتفاق مستحقاً لكل جـزء منـه، علـى ألا يزيـد ذلـك فـى العـبء الواقع على العقار المرتفق به. ٢- غـير أنـه إذا كـان حـق الارتفـاق لا يفيـد فـى الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء، فالمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق على الأجزاء الأخرى".

مقتضى هذا النص أنه إذا جزئ العقار المرتفق لأى سبب من الأسـباب كالقسمة أو بيع جزء منه، فإن حق ارتفـاق يظـل مسـتحقاً لكـل جـزء بشـرط ألا يترتب على التجزئة زيادة فى العبء الواقع على العقـار المرتفـق بـه. فمثـلاً إذا كان حق الارتفاق هو حق المرور فى موضع معين من العقار المرتفق به، فـإن المرور بعد تجزئة العقار المرتفق يجب أن يكون فى هذا الموضع ذاته.

لكن إذا تبين بعد هذه التجزئة أن حق الارتفاق لم يعد يفيد إلا جـزء مـن العقار المرتفق دون غيره، فإن مالك العقار المرتفق به يحق له أن يطلـب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى.

أما بالنسبة لتجزئة العقار المرتفق به:

تنـص المـادة ١٠٢٥ مدنـى مصـرى علـى أنــه "١- إذا جـزئ العقـار المرتفق به، بقى حق الارتفاق واقعاً على كل جزء منه. ٢- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعـض هـذه الأجـزاء ولا يمكـن أن يسـتعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه".

مقتضـى هـذا النـص أن تجزئـة العقـار المرتفـق بــه، لأى سـبب مـن الأسباب، لا تؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى محملا علـى كـل جـزء من أجزاءه، فإذا كان ارتفاقا بعدم البناء على مساحة معينة من الأرض المرتفق

بها، فإن الوضع لا يتغير فى حالة تجزئة هذه الأرض، حيث يظل كل جزء من هذا الأجزاء محملا بحق الارتفاق.

لكن إذا تبين بعد التجزئة انحصار موضع الارتفاق فى جزء من العقار دون باقى الأجزاء، كان لمالك كل جزء من الأجزاء الأخرى أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه، حيث يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء الأخرى غير ذى موضوع. فإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور أو بالمجرى أو بالمسيل وجزئ العقار المرتفق به، فلا يبقى الارتفاق واردا إلا على الجزء الواقع به الممر أو المجرى وحده.

ثانيا: استعمال حق الارتفاق

وهنا يجب أن نعرض لكيفية استعمال حق الارتفاق، ثم نبين ما يلزم لاستعماله والمحافظة عليه، وأخيرا نحدد من يتحمل بنفقة استعماله والمحافظة عليه.

١- كيفية استعمال حق الارتفاق:

تنص المادة ١٠٢٠/ ١ مدنى مصرى على ما يأتى: "..... وأن يستعمل (مالك العقار المرتفق) هذا الحق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن" وتنص الفقرة الثانية على أنه "لا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق".

يتضح من ذلك أنه يجب على مالك العقار المرتفق أن يراعى فى استعماله لحقه ما يلى:

أ- عدم مجاوزته حدود حق الارتفاق وفقا للسبب الذى أنشأ هذا الحق. فلا يجوز له أن يغير من نوع الارتفاق، أو أن يغير من مضمونه، أو أن يغير فى موضعه دون موافقة مالك العقار المرتفق به. كما لا يجوز له أن يستعمل الارتفاق لفائدة عقار غير العقار المرتفق، ولا أن يستعمله على عقار غير العقار المرتفق به. بالجملة لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يمارس الارتفاق خارج حدود هذا النطاق، حتى ولو لم يترتب عليه زيادة فى العبء الواقع على العقار المرتفق به.

ب- عدم زيادة العبء على العقار المرتفق به حتى مع الالتزام بحدود حقه - فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه فى الارتفاق على الوجه الذى ينشأ عنه أقل ضرر ممكن. كما أنه لا يجوز أن يترتب على ما يجد من

حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق. وعلى ذلك إذا كان استعمال إرتفاق بالمرور غير محدد فى الأصل بوسيلة معينة ولكن بدأ إستعماله بالأقدام، فلا يجوز لصاحب العقار المرتفق ممارسة المرور من بعد بالسيارات أو الشاحنات تبعا لتغير تخصيص العقار. فإذا تقرر حق الارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى، ثم استعمل جانب من هذا المنزل ناديا، فلا يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المنزل بسبب وجود النادى أية زيادة فى عبء الارتفاق.

٢- ما يلزم من أعمال لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه:

تنص المادة ١٠٢٠/ ١ مدنى مصرى على أن "المالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه".

يتضح من ذلك أنه يخول لمالك العقار المرتفق أن يجرى فى العقار المرتفق به الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق، كأن يشق قناة لاستعمال حق المجرى أو حق الصرف، أو يمهد الطريق لاستعمال حق المرور.

كما أن لمالك العقار المرتفق أن يجرى فى العقار المرتفق به الأعمال الضرورية للمحافظة على حق الارتفاق، كان يبطن قناة المجرى أو الصرف لصيانتها والمحافظة عليها.

ويتقيد مالك العقار المرتفق فى القيام بهذه الأعمال بأمرين، **الأول ألا** يزيد ذلك من العبء على العقار المرتفق به، **والثانى**، أن يقوم بهذه الأعمال على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به.

٣- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه:

تنص المادة ١٠٢٢ مدنى مصرى على أن "١- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق، ما لم يشترط غير ذلك. ٢- فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق. ٣- وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة على الطرفين، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة".

- يتضح من ذلك أن القاعدة أن نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق. وهو يتحمل هذه النفقات حتى ولو كانت عن أعمال ناجمة عن عيب في العقار المرتفق به، أو تغيير في موضع الارتفاق بسبب تغيير حالة الأماكن. لكن إذا كانت هذه الأعمال قد اقتضى إجراءها خطأ من جانب مالك العقار المرتفق به، فهذا الأخير هو وحده الذى يتحمل نفقاتها . وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن تكون هذه النفقات شركة بينهما. أى هذه القاعدة قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها.

- ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن تكون هذه النفقات على مالك العقار المرتفق به. في هذه الحالة يعتبر هذا الالتزام من الالتزامات العينية باعتبار أن سببه هو ملكية العقار المرتفق به. ويترتب على ذلك أن هذا الالتزام يقع دائما على مالك العقار المرتفق به، حتى ولو انتقل إلى ملاك متعاقبين. كما أنه يجوز لمالك العقار المرتفق به التخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن العقار المرتفق به كل أو جزء منه لمالك العقار المرتفق وهذا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة في الالتزامات العينية.

- وقد قرر المشرع قاعدة أخرى عندما تكون الأعمال التى يقوم بها مالك العقار المرتفق للمحافظة على حقه نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به، بأن جعل نفقة هذه الأعمال على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة. ففى حق الارتفاق بالمرور المقرر للمالكين معا، فإن نفقة صيانة الطريق المخصص للمرور تكون مناصفة بين المالكين، إذا كان كل منهما يمر بالطريق وتعود عليه من هذا المرور فائدة تعادل تلك التى تعود على الآخر. والتزام مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة التزاما شخصيا يتحمله بسبب انتفاعه بالأعمال التى يقوم بها مالك العقار المرتفق.

المطلب الثانى
مركز صاحب العقار المرتفق به

ونعرض هنا لالتزامات صاحب العقار المرتفق به، ثم نبين بعد ذلك حقوقه، وبوجه خاص حقه في تغيير موضع العقار.

أولاً: التزامات مالك العقار المرتفق به

تنص المادة ١٠٢٣/ ١ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدى إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر".

- يتضح من ذلك أن القاعدة أن مالك العقار المرتفق به لا يلتزم بأى عمل إيجابى يتعلق بجوهر حق الارتفاق، حيث إن الارتفاق حق عينى يعطى لصاحبه سلطة مباشرته دون حاجة إلى تدخل صاحب العقار المرتفق به. لذلك فإن موقف صاحب العقار المرتفق به مجرد موقف سلبى، ينحصر فى ترك مالك العقار المرتفق يباشر الأعمال التى يخولها إياه حق الارتفاق، وذلك فى الارتفاقات الإيجابية، أو فى الامتناع عن الأعمال التى يحول دونها مضمون الارتفاق، فى الارتفاقات السلبية. ففى الالتزامات الإيجابية كالارتفاق بالمرور والمجرى والمرعى يجب على مالك العقار المرتفق به أن يترك مالك العقار المرتفق يباشر الأعمال التى تخوله له هذه الحقوق. وفى الالتزامات السلبية كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية على مالك العقار المرتفق به أن يمتنع عن هذه الأعمال.

- ولكن يمكن، استثناء على هذه القاعدة، أن يقوم مالك العقار المرتفق به بأعمال إيجابية، كالقيام بعمل إضافى يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدنى مصرى)، أو قد يلتزم بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه (م ١٠٢٢ مدنى مصرى).

- فيما عدا ذلك فإن مالك العقار المرتفق به يحتفظ بجميع السلطات التى يخوله إياها حق ملكيته ما دام ذلك لا يمس حق الارتفاق وإلا التزام بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وبالتعويض إن كان له مقتضى"[1].

ثانياً: حق صاحب العقار المرتفق به فى طلب تغيير موضع الارتفاق

تنص المادة ١٠٢٣/ ٢ مدنى مصرى على ما يأتى: "ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق، أو

---

(١) نقض ١٩٩٤/١١/١ س ٤٥ ص ١٥٢١، ١٥٢٢ .

أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق بـه، فلمالك هـذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق".

- يتضح من ذلك أن الأصل أن الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى كما هو دون تغيير، كطريق أعد لاستعمال حق المرور. وعلى ذلك يمتنع على مالك العقار المرتفق تغيير هذا الموضع دون موافقة مالك العقار المرتفق به، حتى ولو لم يترتب على هذا التغيير أية زيادة فى عبء الارتفاق، لأن ذلك من قبيل مجاوزة حدود حق الارتفاق .. فى مقابل ذلك أيضا يمتنع على مالك العقار المرتفق به تغيير هذا الموضع دون موافقة مالك العقار المرتفق (م ١٠٢٣/ ١ مدنى مصرى) لكن هذا المبدأ ليس مطلقا.

- يجوز استثناء لمالك العقار المرتفق بـه أن يطلب تغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق إذا توافر شرطان:

١- أن يكون فى تغيير الموضع الأصلى للارتفاق فائدة لمالك العقار المرتفق به، وذلك إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق، أو أصبح مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق بـه. ويستوى أن يكون الموضع الجديد فى العقار المرتفق به أو فى عقار آخر يملكه صاحب العقار المرتفق به، أو فى عقار يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك.

٢- ألا يكون فى هذا التغيير إضرار بمالك العقار المرتفق، وذلك بأن يكون استعمال الارتفاق فى الموضع الجديد ميسورا لهذا المالك بنفس الدرجة التى كان ميسورا به من قبل.

إذا توافر الشرطان، فلا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يرفض هذا التغيير، لأن تمسكه بحرفية حقه بقيامه فى نفس الموضع الأصلى، رغم ما أصبح يعنيه ذلك من إرهاق أو منع فائدة لمالك العقار المرتفق بـه، يمثل تعسفا فى استعمال حقه لا يقر عليه.

المبحث الثالث

انقضاء حق الارتفاق

ينقضى حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية:

أولاً: إنقضاء الأجل المحدد للارتفاق

تنص المادة ١٠٢٦ مدنى على أنه "تنتهى حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين".

يقبل حق الارتفاق التأقيت، لأن الدوام ليس من جوهر الارتفاق. ولذلك يمكن أن يحدد أجل لحق الارتفاق فى السند المنشئ له، بحيث ينقضى الارتفاق بحلول هذا الأجل.

ثانياً: هلاك أحد العقارين

تنص أيضاً المادة ١٠٢٦ مدنى مصرى على أنه "ينتهى حقوق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ...".

مقتضى ذلك إذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً كلياً، كما لو انهدم البناء، فإن حق الارتفاق ينتهى بزوال حقه وفقاً للقواعد العامة. فإذا جدد البناء، عاد حق الارتفاق، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال. أما إذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً جزئياً، فإن حق الارتفاق يبقى على الجزء الباقى، إذ أنه حق لا يتجزأ على النحو السابق بيانه.

ويسرى نفس هذا الحكم على هلاك العقار المرتفق. ويأخذ حكم الهلاك نزع الملكية للمنفعة العامة.

ثالثاً: اتحاد الذمة

تنص المادة ١٠٢٦ على أنه "تنتهى حقوق الارتفاق .. باجتماع العقارين فى يد مالك واحد، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود".

فقد يحدث أن تنتقل ملكية العقار المرتفق إلى مالك العقار المرتفق به بأى سبب من أسباب كسب الملكية، أو العكس، أو يتملك شخص آخر هذين العقارين، أو يتخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من إلتزام عينى يقع عليه، فتنتقل ملكية هذا العقار إلى مالك العقار المرتفق، ففى جميع هذه

الحالات يتحقق اتحاد الذمة فى شخص مالك العقارين، فينتهى حق الارتفاق، لأنه لا يتصور أن يكون للشخص ارتفاق على ملكه.

لكن إذا زال سبب اتحاد الذمة زوالا رجعيا فإن حق الارتفاق يعود. كأن يكون سبب اتحاد الذمة شراء مالك أحد العقارين العقار الآخر ثم يفسخ عقد البيع وما يقتضيه ذلك من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليه قبل التعاقد.

رابعا: عدم استعمال حق الارتفاق

تنص المادة ١٠٢٧ مدنى مصرى على أنه "١- تنتهى حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، فإذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة. وكما يسقط التقادم حق الارتفاق، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها. ٢- وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم".

- يتضح من ذلك أن حق الارتفاق يخضع لقاعدة سقوط الحق العينى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة. لكن إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة وقفاً خيرياً، كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة.

وتسرى هذه القاعدة على جميع حقوق الارتفاق، أياً كان نوعها، مستمراً أو غير مستمر، ظاهراً أو غير ظاهر، إيجابياً أو سلبياً.

* ويبدأ حساب مدة التقادم من الوقت الذى يقع فيه آخر عمل من أعمال الاستعمال. فى الارتفاق غير المستمر. مثلاً فى الارتفاق بالمرور يبدأ سريان المدة من آخر مرة مر فيها صاحب العقار المرتفق أو أحد أتباعه أو زائريه. وفى الارتفاق المستمر يبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يقع فيه عمل يتعارض مع حق الارتفاق، فمثلاً فى ارتفاق بالمطل يبدأ سريان المدة من الوقت الذى يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطاً يسد النافذة، وفى الارتفاق بعدم البناء يبدأ سريان المدة من الوقت الذى يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به بإقامة بناء فى عقاره. ويستوى أن يكون العمل المتعارض مع حق الارتفاق قد قام به صاحب العقار المرتفق به، أو الغير، أو وقع بقوة قاهرة.

* وينقطع التقادم بمعاودة الاستعمال، كما ينقطع ويقف سريانه بالأسباب ذاتها التى تسرى على التقادم المسقط فى الالتزامات.

* وقد نص المشرع على حالة إذا ما ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع وقرر أن انتفاع أحدهم دون الباقين بحق الارتفاق أو قطع أحدهم التقادم يفيد الباقين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا. كما أن وقف التقادم لمصلحة أحدهم يفيد الباقين. ولا يتغير هذا الوضع حتى لو أجريت القسمة من بعد فأوقعت العقار المرتفق فى نصيب شريك آخر غير الشريك الذى قام بقطع التقادم أو حصل الوقف لمصلحته. وأساس هذا الحكم أن حق الارتفاق لا يقبل التجزئة، ومن ثم فإنه لا يصح أن ينتهى بالنسبة إلى جزء شائع من العقار المرتفق.

- وكما أن عدم الاستعمال يؤدى إلى سقوط حق الارتفاق، فإنه يؤدى أيضا إلى تعديل الكيفية التى يستعمل بها، وعلى ذلك فإن عدم الاستعمال الجزئى لحق الارتفاق ينقص من نطاقه بالقدر الذى لم يستعمل، إذا ظل هذا عدم الاستعمال الجزئى خمس عشرة سنة، فإذا كان الارتفاق بالمطل يخول الحق فى فتح ثلاث نوافذ على مالك الجار، ولكن صاحبه اقتصر على فتح نافذتين فقط، ومضى على هذا الوضع خمس عشرة سنة، فلا يجوز له بعد ذلك أن يفتح نافذة ثالثة كما كان مقررا فى الأصل.

* فى مقابل ذلك فإنه يجوز أن يزيد هذا النطاق بالتوسع فى الاستعمال عن طريق التقادم المكسب، فإذا كان صاحب المرور راجلا قد استعمل الطريق للمرور راكبا مدة خمس عشرة سنة، فإن حق ارتفاقه يزيد نطاقه فيصبح له الحق فى المرور راجلا وراكبا".

* ويمكن تعديل كيفية الاستعمال لحق الارتفاق بالتقادم، من ذلك أن يستعمل صاحب حق الارتفاق بالمرور طريقا آخر غير الذى عين أصلا، وظل يمر من هذا الطريق مدة خمس عشرة سنة.

خامساً: مدى أثر استحالة استعمال حق الارتفاق

تنص المادة ١٠٢٨ مدنى مصرى على أن "١- ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث يصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق.

٢- ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال".

ويتضح من ذلك أن التغير فى الوضع المادى للأشياء قد يؤدى إلى أن يصبح استعمال حق الارتفاق مستحيلاً. فإذا كان ارتفاقاً بالمطل ثم تجرى فى المنزل المرتفق تعديلات بحيث تؤدى إلى اختفاء المطلات مما يجعل استعمال حق الارتفاق بالمطل مستحيلاً. ويستوى أن يكون التغيير فى الوضع المادى للأشياء قد حدث بالنسبة للعقار المرتفق أو العقار المرتفق به.

ويشترط فى الاستحالة فى الاستعمال أن تكون استحالة مطلقة، فلا يكفى أن يكون من شأن التغيير فى الوضع المادى للأشياء أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة. ويستوى أن تكون هذه الاستحالة ناشئة عن قوة قاهرة، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به، أو إلى فعل الغير.

وعلى ذلك فإن تغيير الوضع المادى للأشياء قد أدى إلى تعطيل استعمال حق الارتفاق دون أن يترتب عليه انقضاء هذا الحق. وبناء عليه إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الارتفاق أخذ حق الارتفاق سيرته الأولى بشرط ألا يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة عن ذى قبل. ولا يشترط فى هذه الحالة أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلى تماماً كما رأينا.

لكن إذا استطالت مدة عدم استعمال حق الارتفاق المدة القانونية، خمس عشرة سنة، فإن حق الارتفاق ينتهى، ولا مجال لاستئناف استعماله مرة أخرى إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه هذا الاستعمال. وانتهاء حق الارتفاق فى هذه الحالة يكون بسبب عدم الاستعمال، وليس بسبب استحالة الاستعمال.

سادساً: عدم جدوى الارتفاق أو تضاؤل منفعته

تنص المادة ١٠٢٩ مدنى مصرى على أن "المالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

هذه الأحكام تتفق مع منطق حق الارتفاق ذاته، فحق الارتفاق يتقرر بحسب الأصل لتحقيق منفعة للعقار المرتفق عن طريق تحمل العقار المرتفق به عبء استثنائى فى سبيل ذلك. مقتضى ذلك أنه إذا فقد حق الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو أصبحت فائدته محدودة بحيث لا تتناسب البتة مع الأعباء

الواقعة على العقار المرتفق به كان لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر منه عن طريق الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بانقضاء الارتفاق. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر كل هذه الأمور، وله إذا ما قدر تحرير العقار المرتفق به أن يحكم بتعويض مناسب لصاحب العقار المرتفق.

ومثال ذلك أن يكون الارتفاق حقا بالمرور، ثم ينفتح للعقار المرتفق ممر آخر إلى الطريق العام أيسر وأقصر من الممر المعين لاستعمال حق المرور، حيث يصبح هذا الأخير عديم المنفعة للعقار المرتفق، أو أن يجعل هذا الممر ذا فائدة ضئيلة لا تتناسب مع العبء الذى يتحمل به العقار المرتفق به، ففى هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب إنهاء الارتفاق دون حاجة إلى موافقة صاحب العقار المرتفق.

سابعا: نزول صاحب حق الارتفاق عنه

لصاحب العقار المرتفق أن ينزل عن حق الارتفاق بإرادته المنفردة ويرتب هذا النزول أثره بمجرد اتصاله بعلم صاحب العقار المرتفق به، ولكنه لا يسرى فى حق الغير إلا بالتسجيل. هذا النزول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا.

ويترتب على هذا النزول أن ينقضى حق الارتفاق وبالتالى يفيد منه مالك العقار المرتفق به، إذ يتخلص كلية من الارتفاق فيتحرر عقاره من العبء الذى كان يتحمل به نتيجة وجوده.

القسم الثاني
مصادر الحقوق العينية

تمهيد وتحديد:

قد نظم المشرع أسباب كسب الملكية فى المواد من ٨٧٠-٩٨٤ من التقنين المدنى. وقد عدد المشرع هذه الأسباب على النحو التالى: الاستيلاء، والميراث والوصية، والالتصاق، والعقد، والشفعة، والحيازة.

وقد روعى فى هذا الترتيب منطق معين، فقد ميز المشرع، كما تقول المذكرة الإيضاحية، "بين كسب الملكية ابتداءً، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه، ويكون هذا بالاستيلاء، وبين كسبها انتقالاً من مالك سابق، والكسب انتقالاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية، أو يكون انتقالاً مابين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة".[1]

أما بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة عن الملكية فقد اكتفى المشرع بأن عرض لها فى الباب التالى ويشير فى الفصل الخاص بكل منها إلى أسباب اكتسابها. وهى لاتخرج عن أسباب اكتساب حق الملكية ولكن مع مراعاة مانقتضيه طبيعة كل حق منها، فمثلاً لايتصور الاستيلاء بالنسبة إلى هذه الحقوق.[2]

يتضح من هذه النصوص أن أسباب كسب الملكية هى، الاستيلاء، والميراث والوصية، والالتصاق، والشفعة، والحيازة، والعقد.

خطة الدراسة:

نبادر بالقول بأننا لن نتعرض لدراسة العقد كسبب من أسباب كسب الملكية أو غيرها من الحقوق العينية الأصلية لأنه قد سبق دراسة القواعد المتعلقة به فى النظرية العامة للعقد فى الالتزامات وكذلك عند دراسة العقود المسماة. ولذلك اكتفى المشرع بصدده بالإحالة إلى ماورد فى النصوص المنظمة للالتزامات وقانون الشهر العقارى (م ٩٣٢، ٩٣٤ من التقنين المدنى).

وبناء عليه فإننا سنهتدى فى دراستنا بما اتبعه المشرع فى دراسة هذه الأسباب مع مراعاة الترتيب المنطقى فى دراسة هذه الأسباب فى ثلاث مراحل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ١٨٥.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٦، ص ١٨٥ هامش١.

المرحلة الأولى تتعلق بأسباب كسب الملكية ابتداءً، أى دون أن يكون لـها مـالك سابق تنتقل إليـه، ونـدرس هنـا الإستيلاء. **ثـم المرحلـة الثانيـة** وهـى تسـتغرق أسباب كسب الملكية انتقالاً بين الأحياء وهى الالتصـاق والشـفعة والحيـازة، ثـم **المرحلة الأخيرة** وهى تتناول أسباب كسب الملكية انتقالاً بسـبب الوفـاة وتشـمل الميراث والوصية.

ولنر بالتفصيل هذه الأسباب على التوالى.

الفصل الأول
الاستيلاء

تعريف وتحديد:

الاستيلاء Occupation ، هو وضع اليد على شئ مادي لامالك لـه بنية تملكه[1].

والاستيلاء يقوم على وضع اليد أى الحيازة لشئ غير مملوك لأحد مع اقتران ذلك بنية التملك لهذا الشئ. ويؤدى الاستيلاء إلى كسب ملكية الشئ المستولى عليه فورا أى دون حاجة إلى استمرار الحيازة أية مدة[2]. نظرا لأن الشئ المستولى عليه مباح لامالك له فلا يكون فى تمليكه على هذا النحو أى اعتداء على ملكية أحد[3].

والاستيلاء على هذا النحو لا يمكن تصوره إلا كسبب لكسب حق الملكية وحده دون بقية الحقوق العينية الأصلية الأخرى. ويرجع ذلك إلى أن الاستيلاء يرد على شئ لا مالك له بينما الحقوق العينية الأصلية الأخرى غير الملكية تفترض أصلا وجود حق الملكية باعتبارها متفرعة عنه وبالتالى لايمكن تصور ورودها على شئ غير مملوك لأحد[4].

وإذا كان منطق الاستيلاء يقتضى أن تكون الأشياء المستولى عليها لامالك لها، فإن ذلك لا يتحقق إلا بالنسبة للمنقولات، أما العقارات، فهى من حيث المبدأ، لا يمكن أن تكون بغير مالك، إذ لا سائبة فى العقارات.

وعلى ذلك سنحاول أن نبين أحكام الاستيلاء فى مجال المنقولات، ثم نبين مدى تصور الاستيلاء فى مجال العقارات.

---

(١) انظر محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ٢، فقرة ٨، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣٧٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ٣٧٣، السنهورى، المرجع السابق، جـ ٩، فقرة ٤ ص ١٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ١٨٨، ص ٢٨٦، حسن كيرة، الموجز فى أحكام القانون المدنى، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ٢٤٤ ص ٤٢٤.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٩، ص ٢٧٣.

(٣) السنهورى، المرجع، جـ ٩، فقرة ٦ ص ١٧.

(٤) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، حسن كيره، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤، ص ٤٢٤، ٤٢٥

المبحث الأول: فى مجال المنقولات

تمهيد:

تنص المادة ٨٧٠ مدنى مصرى على أن " من وضع يده على منقول لامالك له بنية تملكه، ملكه".

كما تنص المادة ١/٨٧١ على أنه " يصبح المنقول لامالك لـه إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته".

يتضح من ذلك أن المنقول يعتبر بغير مالك فى أحد صورتين: إما لأنـه لم يكن له مالك من قبل، وإما لأنه بعد أن كان مملوكاً أصبح بغير مـالك. ولذلك ينبغى أن نـدرس أولاً المنقـولات التـى يجـوز الاسـتيلاء عليـها، ونعـرض للصورتين السابقتين بالإضافة إلى التعرف على حكم المنقولات الضائعة، ثانيـاً نبين أحكام الكنز، وأخيراً أحكام المنظمة للأشياء الأثريـة. ولنر ذلك بشـئ من التفصيل.

المطلب الأول: التى يجوز الاستيلاء عليها

وهنا نتعرض لثلاث صور لهذه المنقولات، المنقولات التى لم يكـن لـها مالك من قبل، والمنقولات التى أصبحت بغير مالك، وأخيراً المنقولات الضائعة (اللقطة).

أولاً: المنقولات التى لم يكن لها مالك من قبل:

يدخل فى هذه المنقولات الأشياء المشتركة، وهى التى يفيد منـها الكافـة ولا يجوز لأحد أن يستأثر بها فى مجموعها، كمياه النهر أو البحر أو البحيرات، والهواء. فمن يستأثر إستئثاراً حاجزاً على كمية منـها بنيـة تملكـها يتملكـها فـور الاستيلاء عليها. فالمياه التى يستحوذ عليها صاحب المسقاه الخاصـة مـن النـهر أو من مجرى عام تكون ملكاً له. وكذلك من يستولى علـى قـدر مـن ميـاه البحـر لاستخراج الملح منها، فإنه يتملك هذا القدر. ومن يستأثر بقـدر مـن الـهواء عـن طريق ضغطه فى حيز معين فإنه يتملكه.

وتعتبر الحيوانات غير الأليفـة لا مـالك لـها مـادامت طليقـة (م ٢/٨٧١ مدنى مصرى) ويأخذ نفس الحكم الأسماك فـى الأنـهار والبحـار، وكذلـك ثمـار البحار فهذه تصبح ملكاً لصائدها بالاستيلاء عليها.

وبالنسبة للحيوانات والطير فإنه لا يلزم لتملكها بالصيد أن يضع الصائد يده عليها بالفعل وإنما يكفى أن يكون فى إمكانه حيازتها ووضع يده عليها بأن تصبح فى حالة تعجز معها عن الفرار حتى ولو كانت قد وقعت فى أرض الغير، كأن يصاب بإصابة قاتلة أو بجرح يتعذر معه الإفلات من الصائد. أما إذا كانت الإصابة غير معجزة للحيوان أو الطير بحيث يمكنه مع ذلك الفرار فإن من يصيبه بعد ذلك إصابة تعجزه هو الذى يتملكه.

ثانياً: المنقولات التى أصبحت بغير مالك:

وهذه المنقولات تفترض أنها كانت مملوكة من قبل وقد تخلى عنها مالكها بقصد النزول عن ملكيته فتصبح بذلك شيئاً مباحاً يمكن تملكه بالاستيلاء.

وتشمل هذه المنقولات الحيوانات والطيور غير الأليفة التى تمت حيازتها وتملكها من جانب حائزها ثم أطلقت ولم يتتبعها مالكها فوراً أو كف عن تتبعها. وكذلك ما روض منها وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٨٧١ مدنى مصرى بقولها: "وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له".

ويدخل فيها أيضا المنقولات المتروكة التى كانت مملوكة وتخلى عنها ملاكها بنية النزول عن ملكيتها. ومن ذلك بقايا الطعام والأدوات والملابس القديمة فتصبح لا مالك لها ويصح الاستيلاء عليها. وكذلك الأشياء المادية المتضمنة مصنفات فكرية بعد تحطيمها وتمزيقها والتخلى عنها من جانب صاحبها، مثل حطام تمثال تخلى عنه صاحبه، أو قصاصات ورق تضمنت نوتة موسيقية أو غير ذلك من الآثار الفنية أو الأدبية أو العلمية، فتصبح هذه الأشياء مباحة يتملكها من يستولى عليها. لكن الملكية تقتصر فقط على الأشياء المادية دون ما تتضمنه من نتاج ذهنى أو فكرى إذ يمثل ذلك حق للمؤلف لا يمكن تملكه بالاستيلاء عليه. ولذلك لا يجوز لمن استولى على هذه الأشياء المادية أن يعيد تجميعها لتأخذ شكلها الأول ويقوم بنشرها.

ثالثاً: حكم الأشياء الضائعة أو المفقودة (اللقطة):

القاعدة: أنها تظل على ملك أصحابها ولا تكون محلاً للاستيلاء ويرجع السبب فى ذلك إلى أن المنقولات المتروكة، والتى تكون محلاً للاستيلاء، يتخلى عنها صاحبها بقصد النزول عن ملكيتها ولذلك تصبح لا مالك لها بهذا الترك وبالتالى يمكن تملكها بالاستيلاء. أما الأشياء الضائعة أو المفقودة لم يقصد أصحابها التخلى عنها رغم فقدهم حيازتهم ولذلك تظل على ملك أصحابها ولا يجوز الاستيلاء عليها. فإذا عثر عليها أحد وجب عليه أن يردها إلى أصحابها، وإن احتفظ بها بنية تملكها اعتبر سارقًا. ومن أمثلة هذه الأشياء الحيوانات الأليفة التى تتسرب من أصحابها أو تضل طريقها، والنقود التى يفقدها أصحابها، والحقائب والأمتعة التى يفقدها أصحابها فى القطارات أو الطائرات أو وسائل النقل العام، والطرود التى لم يتقدم أصحابها لتسلمها من مكاتب البريد أو مخازن الجمارك. وحكم هذه الأشياء يخضع للوائح خاصة فى كل قطاع من القطاعات السابق الإشارة إليها. ولذلك قد أحالت المادة ٨٧٣ مدنى بشأن هذه الأشياء والتى تسميها "اللقطة" إلى اللوائح الخاصة التى تنظمها. ولكن إلى جانب هذه اللوائح الخاصة يوجد تنظيم عام لحكم هذه الأشياء يتضمنه الأمر العالى الصادر فى١٨ مايو ١٨٩٨ ينطبق فى كل حالة لم يرد بشأنها تنظيم خاص. ويقضى هذا الأمر بأن على كل من يعثر على شئ أو حيوان ضائع، ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال، أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة للبوليس فى المدن خلال ثلاثة أيام، أو إلى العمد فى القرى فى ظرف ثمانية أيام، وإلا حكم عليه بغرامة بجوز إبلاغها إلى مائة قرش كما يضيع حقه فى المكافأة. وإذا كان قد احتفظ بالشئ أو بنية تملكه، فإنه يعتبر سارقاً. أما إذا سلم الشئ أو الحيوان، فإنه يستحق مكافأة قدرها عشر القيمة. وإذا لم يطلب المالك الشئ الضائع خلال سنة، أو الحيوان المفقود فى مدة عشرة أيام، تبيع الإدارة الشئ أو الحيوان بالمزاد وإذا كان الشئ قابلاً للتلف قبل مضى ميعاد السنة، جاز بيعه فى ميعاد أقصر يعينه المحافظ أو المدير. ويبقى الثمن محفوظاً على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات. فإذا طلبه المالك سلم إليه بعد خصم المصروفات، كمصاريف الحفظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشئ أو

الحيوان. وبعد مضى ميعاد الثلاث سنوات من تاريخ البيع يضاف باقى الثمن إلى أملاك الدولة.

المطلب الثاني: حكم الكنز والآثار

فى هذا المطلب سنعرض أولا، لحكم الكنز، ثم نعرض ثانياً لأحكام الآثار.

أولاً: حكم الكنز:

تنص المادة ٨٧٢ مدنى مصرى على أن: " ١- الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته. ٢- والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفه يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته".

وعلى ضوء هذه النصوص سنعرض للمقصود بالكنز، ثم نبين شروطه، وأخيراً حكم ملكية الكنز وأساسها.

١- المقصود بالكنز وشروطه:

يقصد بالكنز كل منقول مدفون أو مخبوء لا يعرف مالكه. وعلى ضوء هذا التعريف يتبين لنا أنه يجب أن يتوافر فى الكنز الشروط الآتية:

(أ) يجب أن يكون الشئ المخبوء أو المدفون منقولاً. وعلى ذلك فإن العقارات التى توجد مدفونة فى الأرض كالأعمدة أو القبور لا تعتبر كنوزاً ولكنها تعتبر جزء من الأرض التى وجدت فيها ما لم تكن من الآثار.

(ب) يجب أن يكون هذا المنقول مدفوناً أو مخبوءاً. وبناءً عليه فإن المنقول الثمين الذى يوجد فى مكان ظاهر لا يعتبر كنزاً، فإذا لم يكن له مالك معروف فإنه يعتبر من الأشياء الضائعة ويسرى عليه حكمها. وقد أورد النص حكم الكنز المدفون أو المخبوء فى عقار حسبما يجرى عليه الغالب من الأمر. لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الكنز مخبوء فى منقول، كما لو وضعت أوراق نقدية بين صفحات كتاب، أو أخفيت قطع من العملات الذهبية أو الفضية أو من الأحجار الثمينة فى درج

سرى فى قطعة من أثاث المنزل. ويرى الفقه أنه يمكن مد الحكم الوارد بصدد المنقول المخبوء فى عقار إلى هذه الحالة على سبيل القياس[1].

(ج) يجب ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا الشئ؛ لأنه إذا استطاع أحد غير مالك العقار أو المنقول الذى وجد فيه الشئ أن يثبت ملكيته لهذا الشئ فإنه يكون صاحب الحق فيه.

فإذا توافرت هذه الشروط فما هو حكم ملكية الكنز وما هو أساس هذه الملكية. هذا هو موضوع الفقرة التالية:

٢- حكم ملكية الكنز وأساسه:

فى القانون المصرى يكون الكنز لمالك العقار الذى وجد فيه، أو لمالك الرقبة إذا كان العقار مقرراً عليه حق انتفاع أو حكر. وإذا كانت العين التى عثر فيها على الكنز موقوفه، فإن الكنز لا يكون لمالك العقار وهو الوقف، بوصفه شخصًا اعتباريًا، وإنما يكون للواقف إذا كان حيًا أو لورثته من بعده إذا كان قد توفى.

ويتضح من ذلك أنه بالرغم من ورود نص المادة ٨٧٢ مدنى بين نصوص الاستيلاء فإن سبب تملك الكنز ليس هو الاستيلاء[2]. على أساس أنه إذا كان الاستيلاء هو سبب التملك لوجب اعتبار الكنز لمن يعثر عليه ويضع يده بنية تملكه، وليس مالك العقار أو المنقول المخبوء فيه الكنز كما ورد فى النص. لكن ما هو سبب التملك إذن؟

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مالك الأرض يتملك الكنز على أساس أنه من توابع ملكية الأرض وملحقاتها[3]. وقد انتقد هذا الرأى على أساس أن الكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات، كما لا يعتبر من ثمار العقار ومنتجاته، وذلك لأنه لو كان من الملحقات لامتد إليه حق المنتفع إذا كان هناك حق انتفاع، وفى

---

(١) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ١٩١، ص ٢٩١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٨، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١، ص ٢٧٩، قارن السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١١، ص ٢٨، ٢٩.

(٣) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٧٥ ص ٤١٨، قارن حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٤٩ ص ٤٣٠، حيث يرى أن المشرع يقيم قرينة على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عميقاً.. بحيث يعتبر المالك متملكا لما يوجد فى أيهما بنفس سبب وسند ملكية للأرض".

حين أن النص صريح فى أن الكنز يكون لمالك الرقبة[1]، فالمشرع المصرى قدر أن المالك هو أحق الناس بالكنز مادام لا يعرف مالكه الأصلى[2]. فى الحقيقة إن إهمال المشرع جانب مكتشف الكنز كلية وإختصاص المالك به وحده لا لشئ إلا لأنه مالك الرقبة أمر لا يتفق والعدالة، حيث أن العدالة، تقتضى أن يعطى المكتشف نصيبًا فيما اكتشف[3].

ثانياً: الآثار:

تنص المادة ٨٧٣ مدنى مصرى على أن الحق فى الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة، والقانون الخاص الذى ينظم الآثار هو القانون ٢١٥ لسنة ١٩٥١ وما أدخل عليه من تعديلات بعد ذلك. وقد بين هذا القانون ما يعتبر من الآثار. كما جعل ملكية هذه الآثار للدولة من حيث الأصل، وأجاز فى حالات استثنائية حددها القانون أن تكون الآثار فيها وقفًا أو ملكاً خاصاً. وحظر هذا القانون البحث عن الآثار بدون ترخيص.

يتضح من ذلك الآثار قد تكون عقارًا أو منقولاً. وهى بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لايكونان إلا منقولاً. ووجه الاختلاف بين الآثار واللقطة يكمن فى أن الآثار غالبًا ما تكون مدفونة أو مخبوءه فى باطن الأرض، أما اللقطة فهى منقول ظاهر يعثر عليه أحد الناس. وبالرغم من أن الآثار تشترك مع الكنز فى صفة عدم الظهور، أى أن كلا منهما يكون مدفوناً أو مخبوءً إلا أن قيمة الآثار لاتقف عند الثمنية، وإنما يكون لها قيمة حضارية كبيرة مما يجعلها من التراث القومى للأمة. ولذلك فإن الآثار لا تخضع للاستيلاء وإنما كرس القانون لها قواعد وأحكام خاصة تكفل حفظها وصيانتها حتى تدوم وتنتقل من جيل إلى جيل لتكون رمزاً للحضارة والتاريخ، وقد أوجب القانون على من يعثر مصادفة على أثر، منقول أو عقار، على سطح الأرض أو فى باطنها أن يبلغ

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٨، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٢٧٩، ٢٨٠.

(٢) إسماعيل غانم، نفس الموضع.

(٣) إسماعيل غانم، نفس الموضع. وهذا ما أخذته به بعض القوانين، فالمشرع الفرنسى يقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر عليه (م ٧١٦ مدنى) والقانون السورى (م ٨٣٠ مدنى) والقانون اللبنانى (م ٢٣٧ ملكية عقارية) يعطى لصاحب الارض ثلاثة أخماس، وخمس لمكتشفة والخمس الأخير للخزانة العامة.

عنه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختصة وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة بذلك وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص. ويخضع بالتالى للعقوبة المقررة لذلك فى قانون الآثار.

وإذا ما تم العثور على الأثر فى أرض مملوكة ملكية خاصة، ولم يتقرر أنها أثر، فإن هذا الأثر يعتبر مع ذلك من الأملاك العامة للدولة ويجب على من عثر عليه أن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختص ويكون له فى هذه الحالة مكافأة تقررها لجنة خاصة[1].

المبحث الثانى

عدم جواز الاستيلاء على العقار فى القانون المصرى:

تنص المادة ٨٧٤ مدنى مصرى على أن: "١- الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة. ٢- ولايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح. ٣- إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك"[2].

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسمة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها والذى قضى بإلغاء الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى مصرى (م ١/٨٦).

واستمر الحال على هذا المنوال إلى أن صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية ليحدد المقصود بالأراضى الصحراوية طبقًا لأحكام هذا القانون، والمناطق الصحراوية التى يجوز للأشخاص التملك فيها والجهة المختصة بذلك، وليبين الحد الأقصى للملكية فى الأراضى

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط ، جـ ٩، فقرة ١٣، ص ٤٠، ومابعدها.

(٢) يلاحظ أن تملك هذه الأراضى بالزرع أو البناء أو الغراس طبقًا لهذا النص لايعتبر استيلاء بالمعنى الفنى الدقيق. وكان هذا النص لايطبق على الأراضى الداخلة فى زمام البلاد حيث لا يرد عليها التملك بالاستيلاء أيا كانت وسيلته، انظر نقض ١٩٨٦/١/٢٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٣ ص ١٣٥.

الصحراوية والخاضعة لأحكام هذا القانون[1]. وفى جميع الأحوال لا يفيد من التملك وفقا لأحكام هذا القانون سوى المصريين دون سواهم (م ٢/١٢).

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨[2]. بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ليستبدل بنص الفقرة الثانية من المادة ١٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ النص الآتى:

" لا يفيد من التملك وفقا لأحكام هذا القانون سوى المصريين، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها، وبعد موافقة مجلس الوزراء، معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين فى هذا القانون".

" وفى حالة زيادة الحد الأقصى للملكية عن الحدود الواردة بهذا القانون تتبع أحكام المادة (٧) من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها".

وأخيرًا قد صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض أحكام المتعلقة بأملاك الدول الخاصة[3] ليبين بصفة عامة كيفية تحديد المناطق المختلفة فى الأراضي الصحراوية، والهيئات القائمة عليها وكيفية ممارسة هذه الهيئات لاختصاصاتها وحدد سلطات الإدارة المحلية بالنسبة لما هو داخل الزمام والمنطقة المتاخمة والممتدة خارج الزمام إلى مساحة ٢ كم، وكيفية تغيير التخصيص، وكيفية حسم الخلاف بين الجهات المختلفة والجهة المختصة بذلك، وأخيرًا مدى نفاذ قرارات مجالس إدارة الهيئات المشرفة على المناطق المختلفة[4].

كما أن القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ قد جعل التركات التى لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة. فقد نصت المادة الأولى على أن " تؤول إلى

---

(١) انظر للمؤلف القانونى الزراعى، الملكية الزراعية، الإيجار الزراعى، دار المعرفة الجامعية ١٩٩٤، ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ١٤ مكرر فى ١٩٨٨/٤/٩.

(٣) الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر فى ١٩٩١/٣/١٣.

(٤) انظر فى تفصيل ذلك للمؤلف القانون الزراعى المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٦ ومابعدها.

الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يخلفها المتوفون من غير وارث، أيا كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم".

خلاصة ما تقدم أن العقارات لا تصلح أن تكون محلا للتملك بالاستيلاء بالمعنى الدقيق وبالتالى ينحصر نطاق الاستيلاء فى المنقولات وحدها على النحو السابق بيانه.

الفصل الثانى

الالتصاق

تعريف وتكييف الالتصاق:

الالتصاق هو اتحاد أو اندماج شيئين، غير مملوكين لشخص واحد، اندماجًا ماديًا بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.

وقد رتب القانون على هذا الاندماج المادى أثرًا قانونيًا، وهو تملك مالك أحد الشيئين الشئ الآخر بقوة القانون أو بحكم القاضى. فالالتصاق سبب من أسباب كسب الملكية يقوم على الاتحاد بين شيئين يتعذر الفصل بينهما، فجعل القانون مالك الشئ الأصلى يتملك الشئ الفرعى أو التبعى.

وعلى ذلك فإن الشئ الذى التصق بالشئ الأصلى لايمكن اعتباره من ملحقاته والقول، بالتالى، أن حق مالك الشئ الأصلى يمتد إليه[1]، إذ الفرض أن هذا الشئ لم يكن مملوكاً من قبل لمالك الشئ الأصلى حتى يجرى عليه حكم الملحقات. وعلى ذلك فإن سبب اكتساب المالك الأصلى للشئ الذى التصق به هو الالتصاق باعتباره سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية[2].

والالتصاق قد يكون بعقار قد يكون بمنقول وهذا ما سنعرض لأحكامه فيما يلى:

---

(١) انظر فى من يقول بفكرة المحلقات، ديمولومب، جـ ٩، فقرة ٥٧٢، ٥٧٣، بيدان وفوران، فقرة ٣٣٧، ٣٥٨، ريبير وبولانجيه، جـ ١، فقرة ٢٨٣٠، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٣، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٤٠، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠.

(٢) اوبرى رو، جـ ٢ فقرة ١٩٢ هامش ١ ص ٢٨١، وفقرة ٢٠٢ هامش ١ ص ٣٧٦، بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦، محمد كامل مرسى، المرجع السابق، جـ ٣ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش١، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٨٢، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩٧ ص ٣٠٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٣٩، فقرة ٨٩ ص ٢٤٦، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٠ ص ٢٩٥، ٢٩٦.

المبحث الأول: الالتصاق بالعقار

الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي:

الالتصاق الطبيعي هو ما يتم بفعل الطبيعة ودون تدخل الإنسان، ويتحقق ذلك بفعل المياه ويترتب عليه زيادة رقعة الأرض، أما الالتصاق الصناعي فهو الذى يتم بفعل الإنسان وذلك عن طريق إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض أو فى جوفها بمواد غير مملوكة لمالك الأرض. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المطلب الأول: الالتصاق الطبيعي

نطاقه:

يتجلى الالتصاق الطبيعي فى صور عديدة، منها الطمى الذى يجلبه النهر تدريجيا ويلتصق بالأراضى المجاورة له، وهذه هى الصورة الوحيدة التى تخضع لحكم الالتصاق، ومنها الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه، وهو ما يسمى بطرح النهر، وأخيرا الأراضى التى تتكشف عنها مياه البحر أو البحيرات أو البرك.

أولا: تملك طمى النهر بالالتصاق:

تنص المادة ٩١٨ مدنى مصرى على أن " الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين".

هذا النص ينصرف إلى الأرض التى تتكون من الطمى الذى يجلبه النهر والذى يترسب على مر الزمن عاما بعد عام على حافة الأرض الملاصقة لمجرى النهر ودون تدخل من جانب الإنسان. وعلى ذلك فإنه يلزم أن تتكون هذه الأراضى بطريقة تدريجية غير محسوسة وبناء عليه فإن الزيادة فى الأرض الملاصقة لمجرى النهر والتى تحدث دفعة واحدة نتيجة اقتطاع مياه النهر لجزء من الأرض بقوة اندفاعها وإلقاءها فى مكان آخر لا يعتبر طمى النهر وإنما يطلق عليه " طرح النهر".

ويشترط لتملك مالك الأرض المجاورة لطمى النهر أن يكون الجزء الذى تكون بفعل الطمى ملتصقا بأرضه، فإذا لم يتحقق التلاصق فلا تتوافر شروط التملك.

فإذا توافرت هذه الشروط فإن الزيادة الناشئة عن الطمى تكون ملكا لمالك الأرض المجاورة وتمتد إليها كافة الحقوق التى كانت مقررة على الأرض الأصلية كالانتفاع والارتفاق.

ثانيا: حكم طرح النهر:

تنص المادة ٩٢١ مدنى مصرى على أن " الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التى تتكون فى مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها".

وتخضع ملكية طرح النهر لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها. وقد نظم الباب الثانى منه (المواد من ١١ إلى ٢١) " طرح النهر وأكله" وطبقا لنص المادة ١١ من هذا القانون يعتبر طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة. فى مقابل ذلك إذا كان ملاك الأراضى التى أكلها النهر يفقدون ملكية هذه الأراضى، فالدولة ــ وهى التى تتملك أراضى طرح النهر ــ تعوضهم عما أكل من أرضهم (م ١٤). وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة (م ١١).

وقد نظم القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ التصرف فى هذه الأراضى فنص على أن تؤول إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى أراضى الطرح لتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى (م١/٨) وأجاز استثناء بيع هذه الأراضى بطريق الممارسة فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر وفقا لشروط خاصة (م ١٠).

ثالثا: حكم الأراضى التى ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو البرك:

تنص المادة ٩١٩ مدنى مصرى على أن: " ١- الأراضى التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة. ٢- ولايجوز التعدى على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر ".

كما نصت المادة ٩٢٠ مدني على أن " ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تتكشف عنه هذه المياه من أراضي ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه".

ويتضح من هذه النصوص أن ملاك الأراضي المجاورة للبحر أو للبحيرات والبرك لايتملكون بالالتصاق الأراضي الملاصقة لأراضيهم والتي تتكشف عنها المياه، فالأصل أن هذه الأراضي تعتبر مملوكة للدولة، ما لم تكن في أصلها مملوكة لأحد الأفراد وطغت عليها المياه ثم انحسرت عنها فإنها تبقى على ملك مالكها الأصلي، وإذا انكشفت مياه البحيرات أو البرك عن جزء من الأرض فيكون هذا الجزء ملكا للدولة أو لمالك البحيرة أو البركة إذا كانت مملوكة ملكية خاصة[1].

المطلب الثاني: الالتصاق الصناعي بالعقار

تمهيد:

ترجع صفة الالتصاق بالعقار بأنه صناعي إلى أنه يتم بفعل الإنسان وتدخله وذلك على خلاف الالتصاق الطبيعي. وتثور مشكلة الالتصاق الصناعي بالعقار في حالة ما إذا أقيم على أرض مملوكة لشخص معين بناء أو غراس أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لشخص آخر غير مالك هذه الأرض. وبذلك لاتثور مشكلة الالتصاق إذا كان مالك الأرض قد أقام المنشآت أو البناء أو الغراس على أرضه بمواد مملوكة له.

وقد وضع المشرع المصري القواعد الواجبة الاتباع للفصل فيما قد يثور بين المالكين من نزاع (م ٩٢٣-٩٣٠ مدني) هذه القواعد تقوم على أساس أن الأرض تعتبر دائما هي الأصل - حتى ولو كانت أقل قيمة من الأبنية أو الغراس أو المنشآت الأخرى - وأن كل ما يقام عليها يعتبر فرعا تابعا لها. ويرجع ذلك إلى أن الأرض موجودة أصلا ويتصور وجودها دون منشآت بينما لا يتصور قيام المنشآت دون الأرض، فهي تعتمد دائمًا على الأرض[2].

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٨٧، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة٣٤ ص ٤٠٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٠١ ص ٣٠٨ إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٥٥.

(٢) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٥٦، حسن كيرة، فقرة٢٣٥، ص ٤٠٤، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٠٤ ص ٣١١.

والغالب المألوف فى الحياة أن ما يقام من أبنية أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض أو تحتها يكون من عمل صاحب الأرض وأقامها على نفقته ولذلك تكون مملوكة له. ولهذا أقام المشرع على أساس هذه الحالة الغالبة قرينة قابلة لإثبات العكس. فنصت المادة ١/٩٢٢ على أن: " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض أقامها على نفقته ويكون مملوكا له".

وعلى ذلك إذا جرى هذا الأصل على إطلاقه فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق. لكن هذا الأصل ليس بالمطلق إذ الحياة تعرف فروض تخرج عن هذا الأصل. ولذلك يبيح المشرع نقض القرينة القانونية المقررة لهذا الأصل المبنى على حكم الغالب المألوف بإثبات عكس مقتضاها[1] فتنص المادة ١/٩٢٢ مدنى على أنه " يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته[2]. كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها" – ويقع عبء إثبات عكس هذه القرينة على ما يدعى خلافها طبقا للقواعد العامة فى عبء الإثبات. فإذا فلح فى ذلك، بأن أثبت أن مالك الأرض غير مالك المنشآت ثارت مشكلة الالتصاق. والحل الذى تبناه المشرع فى هذا الصدد أن مالك الأرض يكتسب بالالتصاق ملكية المنشآت المقامة عليها طبقاً للمبدأ السابق الإشارة إليه أن مالك الأصل - وهو مالك الأرض - يكتسب بالالتصاق ملكية الفرع، أى المنشآت المقامة عليها مقابل تعويض وفقاً للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص[3] وقد التزم المشرع المصرى هذه القاعدة على نحو مطرد.

وعندما تثور مشكلة الالتصاق بإقامة الدليل العكسى للقرينة التى وضعها المشرع، فإن هذه المشكلة لاتخرج عن ثلاثة فروض:-

---

(١) انظر نقض مدني في ١٩٦٦/٥/٥، مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٠١٩.
(٢) نقض ١٩٩١/٢/٢٨ س ٤٢ ص ٦٣٠ " يجوز للأجنبى إثبات ذلك بشهادة الشهود دون أن يكون فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدة المحكمة مؤداه التزام المحكمة بتحقيق هذا الدفاع، التفاتها عنه قصور وإخلال بحق الدفاع".
(٣) انظر نقض ١٩٨٣/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض، س ٣٤ ص ٤٨٢.

١- إما أن يكون البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى قد أقامها مالك الأرض في أرضه بمواد مملوكة للغير.
٢- إما أن يكون قد أقام شخص شئ من ذلك بمواد من عنده في أرض الغير.
٣- إما أن يكون قد أقامها شخص في أرض غيره وبمواد مملوكة لشخص ثالث.

أولا: المنشآت التى يقيمها مالك الأرض بمواد مملوكة لغيره:

تنص المادة ٩٢٣ مدني مصري على أن: " ١- يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت. ٢- فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه، أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض".

وهنا سنعرض للفرض الذي يعرض له النص وحكمه، ثم نبين بعد ذلك حقوق مالك المواد.

١- الفرض الذي يعرض له النص وحكمه:

هذا النص يعرض للفرض الذي يقيم فيه صاحب الأرض بناء أو غراس أو منشآت أخرى على أرضه مستخدماً في ذلك مواد مملوكة لغيره.

هذا يقتضي بطبيعة الحال أن تكون هذه المواد المملوكة للغير مما يستخدم في إقامة هذا البناء أو تلك المنشآت، كالأخشاب والأحجار والأنابيب وغير ذلك، أو في الغراس كالبذور أو الشجيرات الصغيرة التي تغرس في الأرض. وعلى ذلك إذا وضع صاحب الأرض في بنائه تمثالاً أو أثراً ثميناً مملوكاً لغيره فإن النص لا ينطبق. كما أنه يلزم أن تكون هذه المواد قد اندمجت في العقار اندماجاً مادياً بحيث تدخل في تكوين العقار بطبيعته. ولذلك إذا تعلق الأمر بمنقول مملوك للغير رصده صاحب الأرض لخدمتها واستغلالها دون أن يندمج فيها فإن هذا النص لا ينطبق أيضاً.

فإذا تحقق هذا الفرض بمقتضياته فإن صاحب الأرض يتملك البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى بحكم الالتصاق وذلك فى حالة عدم استرداد صاحب هذه المواد لها وفقا لما يقضى به المشرع.

لكن مما تجدر ملاحظته أن هذا الفرض لا يعرض فى العمل إلا نادرا، لأنه فى الغالب أن يتملك صاحب الأرض هذه المواد بمقتضى قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الحائز ". وعلى ذلك فلا يتحقق هذا الفرض فى العمل إلا إذا تخلف أحد شروط هذه القاعدة.

فإذا تبين أن مالك الأرض لم يتملك هذه المواد، كان لمالك المواد طبقا لنص المادة ٩٢٣ أن يستردها إذا توافرت شروط معينة، فإذا لم يستطع استردادها كان له الحق فى قيمتها، والتعويض إن كان له وجه. وهذا ماسنعرض له بالتفصيل فى الفقرة التالية.

٢- حقوق مالك المواد:

أعطى المشرع لمالك المواد التى استخدمها صاحب الأرض فى إقامة المنشآت حق استردادها وذلك إذا توافر شرطان:

الأول: أن يكون من الممكن نزع هذه المواد دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم. فإذا كان من شأن النزع إحداث ضرر جسيم بالمنشآت، كما لو كانت هذه المواد أحجارا استعملت فى إقامة البناء، فلا يجوز نزعها. فإذا أمكن نزعها ليستردها صاحبها فإن مصروفات هذا النزع تكون على صاحب الأرض، سواء كان حسن النية أو سئ النية. علاوة على ذلك يكون لصاحب المواد الحق فى التعويض عن الأضرار التى لحقته طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، أى إذا ثبت خطأ مالك الأرض أو إهماله.

الثانى: أن يرفع مالك المواد دعوى الاسترداد خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى هذه المنشآت[1]. وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ولذلك لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع.

فإذا لم يطلب صاحب المواد نزعها أو لم يكن طلبه مقبولا لعدم توافر شروطه، كانت المنشآت ملكا خالصا لصاحب الأرض، أى يتملك المواد

(١) نقض ١٩٩٦/١٢/٢٤ نقض رقم ٨١٢٠ لسنة ٦٥ ق، مجلة القضاة السنة ٢٩ العدد الأول ١٩٩٧ ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

بالالتصاق. ولكنه يلزم بدفع قيمتها إلى المالك الأصلي سواء كان حسن النية أو سئ النية. علاوة على ذلك يجب عليه أن يعوض صاحب هذه المواد عما لحقه من أضرار طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، أى إذا ثبت خطأ مالك الأرض أو إهماله.

ثانيا: المنشآت التي يقيمها شخص بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره:

تنص المادة ٩٢٤ مدنى مصرى على أنه: " ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت". "٢- يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إلا إذا أختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة".

وتنص المادة ٩٢٥ مدنى مصرى على أنه: "١- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجره العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا مالم يطلب صاحب المنشآت نزعها". "٢- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

كما تنص المادة ٩٢٦ مدنى مصرى على أنه " إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد إتفاق فى شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدىإليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأولى من المادة السابقة".

وأخيرا تنص المادة ٩٢٧ مدنى على أن " تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة".

ولدراسة هذا الموضوع يجب أن نعرض أولا، للفرض الذى تعرض له هذه النصوص وحكمه، ثم نبين ثانيا شروط تطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت التى تقام على أرض الغير، وأخيرا نبين كيفية أداء التعويض فى هذه الحالة.

١- الفرض الذى تعرض له هذه النصوص وحكمه:

هذه النصوص تعرض للفرض الذى يقيم فيه شخص منشآت بمواد مملوكة له على أرض مملوكه لغيره. فى هذه الحالة أعطى المشرع لصاحب الأرض أن يتملك المنشآت بالالتصاق إذا لم تتم إزالتها وفقا للأحكام الخاصة بالإزالة.

- أثر حسن وسوء نية من أقام المنشآت:

يتجلى أثر حسن وسوء نية من أقام المنشآت على مدى الحق في طلب إزالة المنشآت من عدمه، وعلى مدى التعويض الذى يلتزم به مالك الأرض عندما يتملك المنشآت[1].

وسوء النية يرجع إلى علم من أقام المنشآت - وقت إقامتها - بأنه يعتدى على حق الغير. ويتحقق ذلك إذا كان من أقام المنشآت يعلم أن الأرض مملوكة

---

(١) انظر نقض مدنى فى ١٩٦٨/٦/١١، مجموعة أحكام النقض، ص ١٩، ص ١١٣٣ حيث قضت، " بأن مفاد نص المادتين ٩٢٤و ٩٢٥ من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره فيجب التفرقة بين ما إذا كان سئ النية أو حسن النية. فإذا كان سئ النية أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له وبنى دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا - إذا أثبت ذلك - أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت فإذا مضت سنة أو إذا لم يجر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ودفع أقل القيمتين البناء مستحق الإزالة أو مازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. أما إذا كان البانى حسن النية إن كان يعتقد أن الأرض مملوكة له - وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه - فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة".
وانظر أيضا نقض ١٩٨١/١/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧ حيث قضت المحكمة بأن " حسن نية البانى فى أرض لا يملكها ليس له من أثر فى تملك البناء، وإنما ينحصر أثره فى وضع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى، وتخويل البانى حقا فى طلب التعويض وفقا للضوابط الواردة بنص المادة ٩٢٥".

لغيره وبالتالى ليس له الحق فى إقامة البناء أو الغراس. ويستوى مع هذا العلم الجهل الناشئ عن خطأ جسيم[1]. وعلى من يدعى سوء النية عبء إثباته[2].

ويعتبر البانى أو الغارس حسن النية إذا كان يعتقد، وقت البناء أو الغراس، أن الأرض مملوكة له أو أن له الحق فى إقامة المنشآت، وحسن النية أمر مفترض وعلى من يدعى خلافه أن يقيم الدليل[3] والعبرة فى حسن النية هو بوقت البناء ولو زال بعد ذلك[4].

وتقدير حسن أو سوء نية المبانى أمر تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفى لحمله[5] وإذا أغفل الحكم بحث حسن أو سوء نية البانى فإنه يكون مشوبا بالقصور فضلا عن الخطأ فى تطبيق القانون[6].

وبناء على ما تقدم يجب أن نعرض للحكم فى حالة سوء النية وفى حالة حسن النية وهذا الموضوع الفقرات التالية:

(أ) حالة سوء النية:

بمقتضى نص المادة ١/٩٢٤ مدنى أعطى المشرع فى هذه الحالة لصاحب الأرض الخيار بين أمرين: إما طلب لإزالة المنشآت، وإما استبقائها.

- فإذا ما اختار الإزالة، فإنه يجب أن يطلب ذلك فى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت[7]. فإذا مضت سنة دون أن يتقدم بطلب الإزالة

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٩ ص ٢٩٠.

(٢) نقض ١٩٦٨/٦/١١ السابق الإشارة إليه.

(٣) نقض ١٩٦٨/٦/١١ السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٩٨٢/١٢/١٦ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ١١٧٤.

(٥) نقض ١٩٧٤/١٢/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ص ١٣٧٣، ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥ ص ٥٨٥.

(٦) نقض ١٩٧٥/١٢/٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ١٥٨٦.

(٧) وفى خصوص المقصود بكلمة " يطلب " الواردة فى نص المادة ١/٩٢٤ مدنى قد قضت محكمة النقض "بأنها تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو " رفع الدعوى" وقد عبر القانون المدنى فى العديد من نصوصه بكلمة " يطلب" قاصدا بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه مايدعيه طالبا الحكم له، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجمع بين الحق فى طلب الإزالة والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى " الطلب" وهو " رفع الدعوى" وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة =

سقط حقه فيه[1] وتملك المنشآت بالالتصاق. ويراعى أن الإزالة تكون على نفقة البانى أو الغارس. علاوة على ذلك فإن لصاحب الأرض أن يطلب التعويض من البانى إذا لحقه ضرر من جراء إقامة المنشآت ثم إزالتها. ويجب أن يكون طلب التعويض خلال نفس المدة كما هو واضح من نص المادة ١/٩٢٤ مدنى[2].

- وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة وإنما طلب استبقاء المنشآت فإنه يتملك أيضاً فى هذه الحالة المنشآت بالالتصاق.

وفى كلتا الحالتين يكون هذا التملك فى مقابل دفع إحدى القيمين:

- قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أى قيمة الأنقاض مخصوماً منها مصاريف الإزالة.
- أو قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. والخيار يكون بطبيعة الحال لصاحب الأرض، وهو سيختار بداهة أقل القيمتين.

وبذلك يكون المشرع قد خرج عن حكم القاعدة العامة فى الإثراء على حساب الغير التى نصت عليها المادة ١٧٩ مدنى، والتى بمقتضاها يلزم المثرى بأقل القيمتين قيمة الإثراء، حيث أنه إذا كانت الزيادة فى ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء، فإن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لا تمثل قيمة الافتقار، أى قيمة المواد وأجرة العمل. ويبدو لنا أن هذا الخروج له مايبرره حيث أن المشرع بصدد أحكام الالتصاق أقام وزناً لسوء نية البانى مما استتبع إعطاء صاحب الأرض طلب الإزالة ولذلك كان منطقيًا إذا طلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت إو إذا سقط حقه لعدم طلب الإزالة خلال المدة المقررة أن لا يدفع إلا قيمة هذه المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض حسبما يختار

=للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعيا، إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه" نقض ١٩٧٨/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ص ١٢٦٥.

(١) نقض ١٩٧٥/٢/٣ مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ٣١٩ ويراعى أن " ميعاد السنة الذى يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ إلا من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها". وقد أحسن المشرع صنعا باستحداث هذا الميعاد بعد أن كان الأمر مطلقاً إلا من الخضوع للقواعد العامة فى ظل التقنين المدنى السابق، وذلك حتى يتحدد سريعا مصير المنشآت، انظر حسن كيرة، فقرة ٢٣٩ ص ٤١١.

(٢) نقض ١٩٧٨/٥/١٧ السابق الإشارة إليه.

بينما فى القواعد العامة للإثراء بلا سبب لاعبره لسوء أو حسن نية المثرى أو المفتقر، فاقتصر الأمر فى التعويض على أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار.

وإذا لم يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين السابق الإشارة إليهما كان لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا (٢/٩٢٤ مدنى) وإلا فليس له إلا أن ينفذ بحقه بوصفه دائنا عاديا طبقا للقواعد العامة[1].

(ب) حالة حسن النية:

طبقا لنص المدة ١/٩٢٥ مدنى قد عامل المشرع البانى حسن النية معاملة تفضيلية من حيث إعطاءه دون صاحب الأرض الحق فى طلب الإزالة، ومن حيث مقدار التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض إذا تملك المنشآت بالالتصاق.

- فمن حيث الحق فى طل بالإزالة فقد أعطاه المشرع لمن أقام المنشآت دون صاحب الأرض. وبذلك يكون المشرع قد خرج عن الأصل، الذى بمقتضاه أن يكون لمالك الأرض الحق فى إجبار الغير على إزالة ما أقامه على أرضه، وذلك رعاية لحسن نية البانى:

  ويشترط لنزع المنشآت بناء على طلب من أقامها، ألا يترتب على ذلك ضرر بالأرض[2].

- من حيث مقدار التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض، فإنه إذا لم يطلب البانى إزالة المنشآت فإن مالك الأرض يتملكها بالالتصاق مقابل أن يدفع لمقيمها إحدى القيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل، أو قيمة مازاد فى ثمن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٣٣٠، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٦، ص٥٨، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص٥٨ وانظر فى نقد هذا الرأى وأيضا نقد نص المادة ٢/٩٢٤ مدنى بصفة عامة منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٠ ص ٢٩١، ٢٩٢، وانظر رأى مخالف عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٠٨ ص ٣١٧ وانتقاده منصور مصطفى منصور، ص ٢٩٣ ويذهب البعض إلى أن صياغة هذا النص معيبة وحكمه فى أحسن الفروض تأويله غير مقنع أو مجد، بحيث كان واجبا الاستغناء عنه، حسن كيرة، فقرة ٢٣٩ ص ٤١٣.

(٢) وهذا الشرط محل اتفاق فى الفقه بالرغم من عدم النص عليه صراحة فى المادة ١/٩٢٥ على خلاف مافعله المشرع فى المادتين ٩٢٤/٩٢٣. كما أن هذا الشرط ذكرته المذكرة الإيضاحية (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣١) انظر السنهورى، جـ ٩ فقرة ١٠٤ ص ٢٨٩ هامش١.

الأرض بسبب إقامة المنشآت. والخيار هنا لصاحب الأرض، وهو سيختار بداهة أقل القيمتين. والتعويض فى هذه الحالة يتفق مع أحكام الإثراء بلا سبب.

- الاستثناء على هذه القاعدة:

إذا كان الأصل أن صاحب الأرض يتملك المنشآت التى أقامها الغير فى أرضه بمقتضى الالتصاق، بوصفها فرعا يتبع الأصل (أى أرضه)، فإن المشرع قد خرج عن هذا الأصل فى حالتين:

١- هذا الاستثناء يمليه مراعاة جانب صاحب الأرض ومصلحته. وهذا الاستثناء يتمثل فى أن المنشآت المقامة على أرضه قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، لذلك أعطى له المشرع الحق فى طلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل (م ٢/٩٢٥ مدنى)، لأن تطبيق القاعدة العامة فى الالتصاق فى هذه الحالة سيوقع صاحب الأرض فى حرج، فهو لا يستطيع أن يطلب الإزالة، إذ الفرض أن البانى حسن النية، كما أنه مبلغ التعويض المستحق عن هذه المنشآت سيرهقه. ومعيار الإرهاق هنا يعتبر معيارا ذاتيا ويرجع تقديره إلى القاضى[1]. كما أن القاضى فى تقديره للتعويض لا يلتزم القواعد العامة فى تقدير التعويض وإنما يراعى فقط أن يكون التعويض عادلا بحسب ظروف الحال[2] هذه الرخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها[3].

٢- هذا الاستثناء يمليه مراعاة جانب البانى ومصلحته. وهذا الاستثناء يتمثل فى أن شخص، وهو يقيم بناء على أرضه، يجور على جزء ملاصق من أرض جاره، لذلك أجاز المشرع للمحكمة، إن رأت محلا لذلك، أن تجبر الجار على أن ينزل عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢١ ص ٢٩٤، ٢٩٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٠٤ ص ٢٨٩، عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١.

(٢) منصور مصطفى منصور، نفس الموضع.

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١٠٠٢.

تعويض عادل (م ٩٢٨) وبذلك يكون المشرع قد خرج عن أحكام الالتصاق والتى تقضى بتملك صاحب الأرض الجزء من البناء الذى يقع على أرضه وذلك مراعاة لمصلحة البانى، وخاصة وأنه حسن النية[١]

٢ ـ شروط تطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت التى تقام فى أرض الغير:

سبق أن عرضنا لهذا الفرض وبينا حكمه. لكن تطبيق هذه الأحكام مشروط بعدة شروط نجملها فيما يلى:

أولاً: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق فى هذه الحالة ألا يوجد اتفاق يخالف هذه الأحكام حيث أنها لا تتعلق بالنظام العام. وهذا ما أكدته المادة ٢/٩٢٢ مدنى. فإذا أثبت الأجنبى أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة منشآت وتملكها فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق[٢].

ـ لكن إذا كان هذا الاتفاق هو عقد بيع فإن ملكية المنشآت لاتنتقل إلى المشترى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع[٣] لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشترى مما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشترى البانى فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشترى أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدنى. ومن ثم فإن كل ما للمشترى البانى الذى لم يسجل

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٣١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ص ١٥٦٢، ١٩٩٤/٥/١٨ س ٤٥ ص ٨٦١.

(٢) نقض ١٩٧٥/٦/١٧، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٦ ص ٢١٦، ١٩٧٥/١٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ١٦٥٩، ١٩٨١/١/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧، ١٩٨٦/٥/٧، الطعن رقم ١٩٦٢ لسنة ٥٢ ق.

(٣) نقض ١٩٩٤/١٠/٢٥ المحاماة، يناير ـ أبريل ١٩٩٥ ص ١٥١، وعلى ذلك فإن ملكية المبانى تكون للبائع الالتصاق ولو صدر ترخيص البناء باسم المشترى نقض ١٩٩٢/٢/٢٥ س ٣٢ ص ٦٣١.

عقده إذا لم يختر نزع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقاً لتلك المادة وأن يتخذ فى سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم"[1].

لكن بمجرد حصول التسجيل لعقد البيع أو للحكم القاضى بصحته ونفاذه يصبح المشترى مالكاً للأرض وتؤول إليه تبعاً لذلك ملكية البناء بحكم الالتصاق[2]. وهذا يفترض بطبيعة الحال عدم تسوية الوضع بالنسبة للبائع طبقاً لنص المادة ٩٢٥ مدنى.

- وفى نفس هذا الإطار لايجوز لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر له أن يطلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير فى الأرض التى اشتراها بعقد غير مسجل، حيث أن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لايملكها البانى استناداً إلى قواعد الالتصاق لا يصح إبداؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه وهو صاحب الأرض أى مالكها، وهذا ما أفصحت عنه

---

(١) نقض ١٩٦٩/٦/١٩، الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق، س ٢٠ ص ١٠٠٢، ١٩٧٩/١/٢٤، الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق، س ٣٠ ص ٣٥٧، ١٩٨١/١/٢٥، الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٤٧ ق، س ٣٢ ص ٦٣١، ١٩٨٦/٤/١٦، الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٥١، نقض ١٩٩٤/١٢/٢٨ س ٢٥ ص ١٧١٤ وقد كانت محكمة النقض تجرى على خلاف ذلك حيث قررت فى حكم شهير لها فى ١٩٥٠/١/١٢ " أن عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، وبالوفاء به يصبح المبيع فى حيازة المشترى، له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشترى بناءً على الأرض المبيعة له، يصبح هذا البناء عقاراً ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بما له على سبيل البقاء والقرار. ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكا للبناء، ولا مخالفة فى ذلك قانون التسجيل ... ولا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق.. فمناط تطبيق قواعد الألتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث البناء. فحينما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الالتصاق (مجموعة أحكام النقض س ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) وهذا الحكم مشار إليه فى إسماعيل غانم جـ ٢، ص ٦٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢، ص ٣٠١ هامش ١، حسن كيرة، فقرة ٢٤١ ص ٤١٨ هامش ١، عبد المنعم الصدة، فقرة ٢١٧، ص ٣٣٢، ويبدو أن هؤلاء الفقهاء يؤيدون هذا القضاء.
ولكن قد انتقد هذا الحكم محمد على عرفة، جـ ٢ فقرة ٥٧ ص ١٠٤، ١٠٥ ويبدو لنا أن سبب هذا التحول اعتبارات عملية حيث أنه يندر أن تسجل عقود البيع (حيث أن التسجيل لا يشمل سوى ١٧ % من الملكيات القائمة) فإذا ما سمحت علاوة على ذلك بتملك المشترى لما يقيمه من منشآت قبل التسجيل لشجعت على تفشى ظاهرة عدم تسجيل الملكية وبالتالى إهدار نصوص قانون الشهر العقارى.

(٢) نقض ١٩٨١/١/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧.

المواد ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥ مدنى. ولما كان حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع صادر إليه وبالتالى لايكون له هذا الحق[1]. ومقتضى ذلك أن تكون ملكية المنشآت للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقدة تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق[2].

وإذا كان المشترى بعقد غير مسجل لا يتملك ما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة، طبقاً لما هو مستقر عليه قضاء محكمة النقض[3]، فإنه لايحق له المطالبة بالشفعة فى العقار المجاور المبيع[4].

- ومما تجدر الإشارة إليه أن الإذن لأجنبى الذى يخول له الحق فى إقامة منشآت على أرض الغير وتملكها يجب أن يصدر من مالك الأرض، وعلى ذلك إذا لم يصدر هذا الإذن من مالك الأرض وإنما صدر من مستأجر حيازته للأرض حيازة عارضة فإنه لايكون له أى أثر فى التملك[5].

كما أنه إذا لم يتضمن الاتفاق سوى الترخيص بإقامة المنشآت دون أن يعرض لمصير هذه المنشآت، فإنه لا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المادة ١/٩٢٥ مدنى (م ٩٢٦ مدنى). وواضح فى هذه الحالة أن مجرد الترخيص بإقامة المنشآت فقط دون أن يتفق فى هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يتملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها - ما لم يطلب نزعها- سوى أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المادة ٩٢٥ مدنى[6].

---

(١) نقض ١٩٨١/١/٢٨، مجموعة أحكام النقض، ص ٣٢ ص ٣٦٧.
(٢) نقض ١٩٧٩/١/٢٤ السابق الإشارة إليه.
(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٩، ١٩٧٩/١/٢٤، ١٩٨١/١/٢٥، ١٩٨٦/٤/١٦ السابق الإشارة إليهم.
(٤) وذلك على خلاف ماكان مستقر عليه فى قضاء محكمة النقض السابق، انظر نقض ١٩٥٠/١/١٢ السابق الإشارة إليه. انظر فى اشتراط أن يكون المشترى مالكا بالفعل وقت البيع المشفوع فيه لكى يكون شفيعا يفضل غيره من الشفعاء الذين فى طبقته نقض ١٩٨٦/٤/١٧، مجموعة أحكام النقض، رقم٩٦ ص ٤٤٤.
(٥) نقض ١٩٨١/١/٢٨ السابق الإشارة إليه.
(٦) نقض ١٩٨١/١/٢٨ السابق الإشارة إليه.

- لكن قد لا يتضمن الاتفاق سوى تأجيل إعمال أحكام الالتصاق. مثل ذلك أن يصرح المؤجر للمستأجر بأن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة على أن يلتزم بأداء عوايد المبانى التى تربط على هذا البناء المستحدث ويسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ولا تؤول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار ذلك أن حق المؤجر بالنسبة لتلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر فى هذا الوقت. ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية بينما يمتنع على المؤجر فى هذا الفرض إزالة هذه المنشآت. ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق تقضى باعتبار المؤجر مالكاً للبناء من وقت إنشائه إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر فى إقامة البناء على نفقة المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية عن هذا البناء - وهو مما يلتزم به أصلاً المالك - ودون اتفاق على مصير هذا البناء ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل إعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهى عقد الإيجار وهى أحكام لا تتعلق بالنظام العام ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها[1].

على العكس من ذلك إذا صرح فى عقد إيجار الأرض الفضاء بأن للمستأجر إقامة مبانى عليها تؤول ملكيتها للمؤجر، فإن ذلك لا يعدو أن يكون ترديداً للقواعد العامة فى الالتصاق والتزاماً بحكمها، فإن مؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدثه المستأجر من مبان منذ إنشائها والتصاقها بالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق على تعليق أيلولة المبانى على إنهاء العقد مجرد إرجاءً لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر لملكيتها التى تحققت منذ الإنشاء والالتصاق[2]. ويترتب على ذلك أن المستأجر لم يكن مالكاً فى أى وقت، وبالتالى ليس له عليها سوى مجرد حق شخصى يخوله الانتفاع بها كانتفاعه بالأرض المؤجرة ذاتها، ويكون استغلاله لتلك المبانى بتأجيرها مع الأرض كوحدة واحدة لايعدو أن يكون إيجاراً من الباطن ينقضى بانقضاء عقد الإيجار الأصلى[3].

---

(١) نقض ١٩٦٦/٥/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٧ ص ١٢٥١ ويصدق ذلك أيضا إذا أذن مالك الرقبة للمنتفع بالبناء فى العين دون أن يتفقا على مصير هذه المنشآت انظر اسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٦٠، وانظر فى تفصيل أكثر السنهورى، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٠٦ ص ٢٩٤ ومابعدها.

(٢) نقض ١٩٨٢/٥/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٥٩٣.

(٣) نقض ١٩٥٢/٥/٢٧ السابق الإشارة إليه.

ثانيا: يشترط أن يكون من أقام المنشآت غير مالك الأرض، وأن يكون قد أقامها لحسابه الخاص لا لحساب صاحب الأرض.

١ - تطبيقاً لذلك فإن أحكام الالتصاق لا تطبق على مايقيمه الشريك فى الشيوع فى الأرض الشائعة من بناء أو غراس وذلك لأن هذا الشريك يعتبر مالكاً للأرض التى يملكها مع غيره، فحق الشريك المشتاع يرد الشئ الشائع كله[1]، وإنما يجب أن تطبق فى هذه الحالة الأحكام التى وضعها المشرع لإدارة الأموال الشائعة.

فى هذه الحالة يعتبر إقامة المنشآت على الأرض الشائعة من قبيل الإدارة غير المعتادة والتى يلزم للقيام بها موافقة أغلبية من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع. فإذا انفرد أحد الشركاء بالقيام بهذه المنشآت فإنه يكون قد تجاوز سلطاته ويتوقف الأمر على موقف باقى الشركاء من هذه المنشآت. فإذا وافقت الأغلبية المطلوبة على بقائها التزم جميع الشركاء كل بقدر حصته بأن يدفعوا ما أنفقه الشريك البانى من نفقات. أما إذا لم توافق الأغلبية المطلوبة، وجب على الشريك البانى أن يزيل ما أقامه، لا على أساس أنه بنى أو غرس فى ملك غيره بسوء نية وإنما على أساس أنه قد تجاوز ماله من سلطات باعتباره شريكاً فى الشيوع.

إذا تمت القسمة قبل أن يتخذ الشركاء موقفاً من هذه المنشآت ووقع الجزء من الأرض بالمنشآت فى نصيب شريك آخر، فإن لهذا الأخير أن يطلب إزالة المنشآت، كما له أن يختار استبقاءها، فى هذه الحالة يجب عليه أن يدفع للبانى أقل القيمتين وفقاً للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب، أى قيمة ما أنفقه البانى أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض[2]. وبذلك يكون قد تم استبعاد تطبيق نص المادة ٩٢٤ مدنى الخاصة بالبناء فى أرض الغير بسوء نية. كما أنه لا يجوز الاستناد إلى المادة ٨٤٣ مدنى للقول إن الشريك البانى يعتبر قد بنى فى ملك

---

(١) انظر سابقا ص ١٢٩، انظر عكس ذلك نقض ١٩٨١/٣/٢٤ الطعن رقم ١٢٤١ لسنة ٤٧ ق مجلة القضاء السنة ٢٥ العدد الثانى يوليو - ديسمبر ١٩٩٢ ص ١٢٨.

(٢) انظر اسماعيل غانم، ص ٦٢، ٦٣ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٦، حسن كيرة، فقرة ٢٢٧، ص ٤٠٧، ٤٠٨، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١١٥ ص ٣١٤.

الغير، حيث أنه يجب الحد من فكرة الأثر الرجعي للقسمة المنصوص عليها في هذا النص، وتطبيقها فقط في حدود الغرض المقصود من تقريرها[1].

– على العكس من ذلك إذا بنى المالك في أرضه ثم زالت ملكيته لهذه الأرض بأثر رجعي بعد ذلك نتيجة إبطال سند ملكيته أو فسخة، فإنه يعتبر كأنه لم يكن مالكا من قبل، وبالتالي يعتبر بانيا في ملك غيره وتسرى عليه أحكام الالتصاق باعتباره بانيا في أرض الغير بحسن نية مالم يكن الفسخ راجعا إلى تقصيره[2].

وعلى ضوء ما استقرت عليه محكمة النقض بالنسبة لبناء المشترى في الأرض المبيعة قبل التسجيل فإن بناء البائع في هذه الأرض لا يعتبر بناء في ملك الغير، لأن البائع يبنى فيما يملك حيث أن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل[3] ومن وقت حصوله[4] على النحو السابق بيانه. وبناء على ذلك فإن أحكام الالتصاق لا تنطبق في هذه الحالة وإنما يجب تطبيق القواعد العامة التي بمقتضياه يكون البائع ببنائه في الأرض المبيعة قد أخل بالتزامه بتسليم الأرض بحالتها وقت التعاقد، وبالتالي يكون للمشترى أن يطالب بالإزالة كجزاء لإخلال البائع بالتزامه. فإذا لم يطلب المشترى الإزالة

---

(١) اسماعيل غانم، ص ٦٣، حسن كيرة، فقرة ٢٢٧ ص ٤٠٨، وتذهب محكمة النقض في قضائها على خلاف ذلك حيث أنها قضت بأنه " ولئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانيا في ملك غيره، كل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهم على الشيوع، ثم يرتب حقه على مايظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلا لنصيبه فيه فإذا حاوزه، اعتبر بانيا في ملك غيره بالنسبة لما أقامه على مايجاوز حصته نقض ١٩٨١/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٩٢٧، وبذلك طبقت محكمة النقض المادة ٩٢٤ مدنى أى أحكام الالتصاق، في هذه الحالة.

(٢) انظر إسماعيل غانم، ص ٦٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٧، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٠٧، ص ٢٩٦، ٢٩٧ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩، ص ٣٣٦.

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٩، ١٩٧٩/١/٢٤، ١٩٨١/١/٢٥، ١٩٨٦/٤/١٦ السابق الإشارة إليهم.

(٤) نقض ١٩٨١/١/٢٨ السابق الإشارة إليه.

فله أن يطلب التعويض إن كان له محل، ويكون للبائع أن يرجع على المشترى بخصوص هذه المبانى طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب(١).

٢- مقتضى هذا الشرط أن أحكام الالتصاق لا تطبق على المنشآت التى يقيمها الفضولى على أرض رب العمل لأن الفضولى يعمل لحساب رب العمل وإنما تطبق فى هذه الحالة أحكام الفضالة(٢). كما أن أحكام الالتصاق لا تنطبق على ما يقيمه الوكيل فى أرض الموكل ولو جاوز فى ذلك حدود سلطته لأنه يعمل لحساب الموكل، وإنما تطبق أحكام الوكالة أو الفضالة والقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب(٣).

ثالثا: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق أن نكون بصدد ما يصدق عليه وصف المنشآت، وأن تكون هذه المنشآت قد قصد بقاؤها على الدوام. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

١- يشترط أن نكون بصدد ما يصدق عليه وصف المنشآت، ويقصد بذلك كل إنشاء جديد له كيان متميز بحيث يمكن نزعه على استقلال(٤). ويستوى أن تكون هذه المنشآت منشآت جديدة أقيمت على أرض فضاء، أو إضافات إلى منشآت قائمة من قبل، بشرط أن تكون هذه الإضافات لها كيانها المتميز كبناء طابق فوق الطوابق الموجودة(٥).

---

(١) كان القضاء يجرى على تطبيق أحكام البانى فى ملك الغير بسوء نية على البائع. انظر نقض ١٩٣٢/١٢/٨، مجموعة عمر جـ ١ ص ١٥٢ رقم ٨١ مع تعليق حلمى بهجت بدوى عليه فى مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٧٥١ وكان يرى أنه لا محل لإعمال قواعد الالتصاق إذا ما انتقلت الملكية إلى المشترى. وانظر أيضا نقض ١٩٤٥/٣/٢٩، مجموعة عمر جـ ٤ ص ٦٠١ رقم ٢٢٨ وانظر فى انتقاد هذا القضاء حسن كيرة، فقرة ٢٣٧ ص ٤٠٩، ٤١٠، وانظر فى تأييد هذا القضاء عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩- ص ٣٣٧.

(٢) انظر اسماعيل غانم، ص ٦٣، منصور مصطفى منصور، فقرة١٢٢، ص ٢٩٨، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٦ ص ٣١٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩ ص ٣٣٧،٣٣٨ ويلاحظ هنا أنه لا يكون لرب العمل أن يطلب الإزالة، وإنما يلتزم بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن اضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى).

(٣) انظر عبد المنعم فرج الصدة، فقرة٢١٩ ص ٣٣٨، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٨هامش ٢، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٧ ص ٣١٦.

(٤) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٠ ص ٣٣٩.

(٥) منصور مصطفى منصور، الوضع السابق.

وعلى ذلك فإن أحكام الالتصاق لا تسرى على أعمال الحفظ أو الترميمات أو الإصلاحات أو التحسينات وإنما تخضع هذه الأعمال للقواعد الخاصة بالمصروفات التى ينفقها الحائز[1].

٢- يشترط أن تكون المنشآت قد قصد بقاؤها على الدوام، وعلى ذلك فإن الأكشاك والحوانيت والمأوى التى تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاؤها على الدوام، لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها (م ٩٢٩ مدنى) دون تفرقة بين ما إذا كان حسن النية أو سئ النية[2]، فيكون لصاحبها نزعها من الأرض حتى ولو كان سئ النية: بشرط يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعوض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر[3]. كما يستطيع صاحب الأرض أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية مع التعويض إن كان له محل.

رابعا: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق ألا يوجد نصوص خاصة بشأن المنشآت التى يقيمها شخص على أرض غيره. وهذا ماحدا بالبعض بوصف أحكام الالتصاق بأنها " احتياطية"[4] ومن ذلك مانصت عليه المادة ٥٩٢ مدنى بقولها: " ١- إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناءً أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو مازاد فى قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك" "٢- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض" "٣- فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها".

---

(١) انظر م ٩٨١ مدنى وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢، ٢٩٩، إسماعيل غانم، ص ٦٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٠ ص ٣٤١، السنهورى، الوسيط جـ ٩، فقرة ١١٨، ص ٣٢٠.

(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٨، ص ٣٢٠.

(٤) حسن كيرة، فقرة ٢٤١، ص ٤١٩.

وهذا النص لم يتقيد بأحكام الالتصاق وفرق بين حالة إقامة المستأجر للمنشآت بعلم المؤجر ودون معارضته، وفى حالة ما إذا كانت قد أقيمت بدون علمه ورغم معارضته. وأعطى المؤجر الحق فى طلب الإزالة فى الحالة الثانية دون الحالة الأولى. وجعل التعويض الذى يدفعه المؤجر عن استبقاء المنشآت هو أقل القيمتين ما أنفقه المستأجر فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار طبقا للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ودون تفرقة بين الحالتين[1] ومن هذا القبيل أيضا حالة بناء أو غراس المحتكر على الأرض المحكرة (م ١٠٠٢ ، م ١٠١٠ مدنى).

٣- كيفية أداء التعويض:

تبين لنا فيما سبق أن صاحب الأرض يجب عليه طبقا للأحكام العامة للألتصاق أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت التى أقامها فى أرضه مقابل تملكه لهذه المنشآت. وهذا التعويض يختلف فى حالة ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية (١/٩٢٥ مدنى). كما أنه فى حالة ما إذا كانت المنشآت التى أقامها الغير فى أرضه جسيمة بحيث ترهق صاحب الأرض فى أنه يؤدى ما هو مستحق عنها فإن لهذا الأخير أن يختار تمليك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل عن الأرض (م ٢/٩٢٥ مدنى).

وبعد أن يقوم القاضى بتحديد أو تقدير التعويض بحسب الأحوال فإن هذا التعويض قد يكون مبلغا جسيما يثقل كاهل المدين به فيما إذا دفعه على الفور وجملة واحدة ولذلك قرر المشرع أن يخفف عن كاهل المدين فنصت

(١) انظر فى الفروق بين هذه الحالة وأحكام الالتصاق السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٢ ص ٣٠٩، ٣١٠، وانظر نقض ١٩٨٠/٣/١٢ مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ٧٩٤ حيث قضت محكمة النقض بأن .. البناء الذى يقيمة المستأجر من ماله الخاص دون إذن من المؤجر يكون ملكا لصاحب العين معلق على شرط واقف هو إعلان رغبته فى تملك البناء، ويعد مملوكا للمستأجر تحت شرط فاسخ هو ظهور رغبة المؤجر فى تملكه ... " نحن نرى أن التجاء المحكمة إلى فكرة الشرط هنا يعتبر من قبيل التزيد الذى لا لزوم له. كما أن هذا الالتجاء غير موفق على الإطلاق من الناحية القانونية حيث أن الشرط أمر خارجى عارض تضيفه الإرادة إلى الإلتزام بعد أن يستوفى أركانه وعناصر تكوينه. وفى هذه الحالة لا يوجد شئ من ذلك وأن الأمر لايعدو أن يكون مجرد خيار منحه القانون للمؤجر. انظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣ ص ١٨٤ بالنسبة لفكرة الشرط وص ١١٠ بالنسبة لفكرة الخيار.

المادة ٩٢٧ مدنى على أن " تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة"[١] وبمقتضى المادة ٩٨٢ مدنى[٢] يجوز للقاضى - بناء على طلب المدين - أن يقرر مايراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض. كما أن له أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية فى مواعيد يحددها القاضى أو أن يؤجل دفع التعويض إلى ميعاد معين يحدده القاضى. كل ذلك بشرط تقديم الضمانات اللازمة. فإن لم يستطع المدين تقديم هذه الضمانات فله أن يتحلل من ذلك بالوفاء بقيمة هذه الأقساط فورا بعد خصم فوائدها بالسعر القانونى عن المدة من يوم الوفاء بها إلى يوم استحقاقها طبقا للمواعيد التى حددها القاضى[٣].

ثالثا:المنشآت التى يقيمها شخص على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث:

تنص المادة ٩٣٠ مدنى على أنه: إذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها. وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبى كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ماهو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت".

هذا الفرض يثير البحث عن حكم علاقات ثلاث:

- علاقة صاحب الأرض بمن أقام المنشآت عليها.

---

(١) معنى ذلك أن الحالة التى يجور فيها مالك الأرض بحسن نية على جزء من الأرض المجاورة والتى نصت عليها المادة ٩٢٨ مدنى لا يسرى عليها نص المادة ٩٨٢ مدنى فى خصوص أداء التعويض المستحق طبقاً للمادة ٩٢٨ مدنى. ولا نرى مبرراً لاستبعاد هذه الحالة المستثناه من أحكام الالتصاق فى الوقت الذى طبقت ٩٨٢ على الاستثناء الآخر فى المادة ٢/٩٢٥ مدنى. انظر أيضا منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٣ ص ٣٠١ هامش ٢.

(٢) وهذا يعنى أن المشرع قد عامل المدين بالتعويض فى هذه الحالات معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفقه من مصروفات ضرورية ونافعة بالتيسير عليه فى الوفاء بالتعويض المستحق.

(٣) وإذا حكم على البانى بحسن نية بدفع ريع العقار عن المدة السابقة على تاريخ الوفاء بالتعويض المستحق له عن إقامة البناء فإن له أن يطلب خصم فوائد المبلغ الذى أنفقه فى إقامة البناء من هذا الريع حتى لا يجمع مالك الأرض بين ثمرة المبنى وقيمة التعويض المستحق للبانى. انظر نقض ١٩٩١/١١/٢٦ الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٠ ق مجلة القضاة السنة ٢٥ العدد الثانى ص ٥٣٩ حيث قضت المحكمة " بعدم جواز المنع بين ثمرة البدلين - المبنى وقيمة التعويض المستحق للبانى".

- علاقة من أقام المنشآت بصاحب المواد.
- علاقة صاحب المواد بمالك الأرض.

- بالنسبة للعلاقة فيما بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت تطبق عليها أحكام الالتصاق الخاصة بالبناء أو الغراس فى أرض الغير والتى تختلف بحسب ما إذا كان من أقام المنشآت سئ النية أو حسن النية على النحو السابق بيانه.

- أما بخصوص العلاقة بين صاحب المواد ومالك الأرض، وعلاقته بمن أقام المنشآت نجد أن المشرع وضع المبدأ الحاكم فى هذه الحالة، فقرر أنه ليس لصاحب المواد أن يطلب إزالة المنشآت لاسترداد مواده وإنما جعل حقه يقتصر فقط على طلب تعويض ممن أقام المنشآت، فهو إذن ليس دائنا لصاحب الأرض. وبناء على ذلك فإنه لا توجد علاقة مباشرة بين صاحب المواد ومالك الأرض. وبالتالى يكون له طبقا للقواعد العامة أن يرجع على صاحب الأرض بطريق الدعوى غير المباشرة مستعملا حق مدينة مقيم المنشآت فى المطالبة بما يكون مستحقا لهذا الأخير قبل صاحب الأرض. لكن المشرع لم يكتف بهذا وإنما قرر أن لصاحب المواد أن يرجع مباشرة على صاحب الأرض بمقتضى دعوى مباشرة ليطالبه فيها بما لا يزيد عما بقى فى ذمته من التعويض المستحق لصاحب المنشآت، وذلك حتى يجنب صاحب المواد ما قد يتعرض له من مزاحمة دائنى مقيم المنشآت له فى حالة رجوعه بالدعوى غير المباشرة. ولذلك يكون من مصلحة مالك المواد المسارعة بإنذار صاحب الأرض بعدم الوفاء بالمستحق فى ذمته لمقيم المنشآت[1] إذ سيتعلق به حقه.

وإذا أزيلت المنشآت بناء على طلب صاحب الأرض فى حالة سوء نية من أقامها، أو بناء على طلب من أقامها فى حالة حسن نيته، فإن لصاحب المواد أن يستردها بوصفه مالكا لها إذ أن الالتصاق لم يتحقق فى هذه الحالة[2].

---

(١) حسن كيرة فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٣، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٢٢ ص ٣٢٤.
(٢) اسماعيل غانم، ص ٦٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٢ ص ٣٠٣، السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٢١ ص ٣٢٣.

المبحث الثانى
الالتصاق بمنقول

تنص المادة ٩٣١ مدنى على أنه " إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما".

هذا النص يفترض مايلى:

أولا: أن يكون هناك التصاق بين منقول ومنقول.

ثانيا: أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين.

ثالثا: أن يحدث اندماج بين المنقولين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف. وهذه العلة من تطبيق أحكام الالتصاق فى هذه الحالة وذلك حتى يتسنى تحديد المالك للمنقول الجديد.

رابعا: ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق، حيث أنه إذا وجد اتفاق سابق فإنه يكون واجب التطبيق لا أحكام الالتصاق.

ويتحقق الالتصاق بالمنقول فى ثلاث صور:

١- الضم Adjonction ويكون ذلك فى حالة ما إذا اتحد منقولات فى شئ واحد ومع ذلك يمكن التمييز بينهما، مثال ذلك وضع صورة فى إطار، وضع قطعة من الماس فى خاتم من ذهب.

٢- المزج Mélange ويكون فى ذلك فى حالة ما إذا اختلط المنقولات دون إمكانية التمييز بينهما كاختلاط سائلين ببعضهما.

٣- التحويل Sépécifiction ويكون ذلك فىحالة ما إذا أدى اختلاط المنقولين إلى وجود شئ جديد مغاير لكل منهما. كتحويل الخشب إلى أثاث.

ويندر تحقق الالتصاق فى الحياة العملية خاصة وأن قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الحائز " تؤدى إلى تخلف أهم شروط الالتصاق حيث غالباً ما يتملك مالك أحد المنقولين الآخر بمجرد حيازته بمقتضى تلك القاعدة، وبالتالى تخلف شرط اختلاف المالكين للمنقولين.

وعندمــا يتوافــر شــروط الالتصــاق بــالمنقول فإنــه لا توجـد قــاعدة موضوعية فى هذا الخصوص بل أوكل المشرع الأمر للقاضى يفصل فيه طبقـا لتوجيهات عامة يسترشد بها.

وعلى ذلك فإن القاضى يسترشد بقواعد العدالة ويراعـى الضـرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما.

فبمراعاة الظروف الخاصـة بكل حالـة علـى حدة قد يقضـى القـاضى بقسمة المنقول إذا كانت القسمة العينية ممكنة، كما هو الحال عند امتزاج شيئين مثليين، كسائلين من نوع واحد أو كميتين من القمح. وقد يقضى القـاضى بجعل الملكية شائعة بين المالكين. وقد يقضى القاضى بالملكية لصاحب المنقول الأكبر قيمة فى مقابل تعويض المالك الآخر كما لو كنا بصدد وضع قطعـة من المـاس فى خاتم من ذهب، أو صورة ثمينة وضعت فى إطار ففى هذه الحـالات يتحقق الالتصاق بالمعنى الفنى[1].

---

(١) فى القانون الفرنسى قد اهتم المشرع بهذا الموضوع وكرس ثلاث عشـرة مـادة (٥٦٥-٥٧٧ مدنى فرنسى) متأثر فى ذلك بالقانون الرومانى الذى كان يعير هذه المسألة أهمية كبيرة نظرا لعدم معرفته بقاعدة " الحيازة فى المنقول سند الحـائز" انظـر السنهورى، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٢٥ ص ٣٢٨.

الفصل الثالث

الشفعة

١- تعريف الشفعة والحكمة من تقريرها:

الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى أحوال معينة إذا توافرت الشروط التى تص عليها القانون (م ٩٣٥ مدنى مصرى) [(١)].

فالشفعة تعتبر إذاً مصدراً من مصادر الحقوق العينية العقارية. ولذلك فهى تصلح سبباً لاكتساب الملكية والإنتفاع والحكر، أما الإرتفاق حيث أنه لا يتصور بيعه مستقلاً عن العقار المرتفق لذلك فإن الشفعة لا تصلح سبباً لاكتسابه مستقلاً، وإنما تؤدى الشفعة فى بيع العقار المرتفق (المخدوم) إلى اكتساب الشفيع لحق إرتفاق مقرر له بالتبعية لاكتساب ملكية هذا العقار.

والحكمة من وراء تقرير الشفعة هى الرغبة فى دفع الضرر المتوقع للشفيع فى حالة ما إذا اتصل ملكه بالعقار المبيع. كما أن للشفعة فوائدها الاقتصادية أيضاً فى حالة إذا ما أدت إلى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الإنتفاع[(٢)] أو الحكر، أو إنهاء الشيوع فى حالة بيع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبى. لكن مما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلاً، كما أن إنتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفى قيامها حيث أن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ به.

أما الحكمة من وراء تقريرها تكون فقط بمثابة الهادى المنير للقاضى عند تفسير أحكامها وتطبيقها.

والشفعة إذ تؤدى إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشترى. فإنها لذلك تعتبر قيداً على حرية التصرف وحرية التعاقد على خلاف الأصل والقياس، فمن الأصول الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه

---

(١) وقد استمد المشرع لحكام الشفعة من الفقه الإسلامى، ولذلك يعتبر الفقه الإسلامى مصدرا تاريخيا لها يجب الرجوع إليه عند تفسير هذه الأحكام بشرط عدم التعارض مع المبادئ العامة فى القانون حتى يحتفظ النظام القانونى بانسجامه وتناسقه. ويلاحظ أن نظام الشفعة معروف فى بعض القوانين الأخرى كالقانون الألمانى والأسبانى.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٦، ص ٣٤٣ .

ولذلك يجب عدم التوسع فيها. وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن الطبيعة القانونية للشفعة وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

٢- الطبيعة القانونية للشفعة وأثرها:

يتضح لنا مما سبق أن الشفعة رخصة إستثنائية حيث أنها تؤدى إلى تقييد حرية التصرف وحرية التعاقد، فبمقتضاها يجد المشترى نفسه مجبراً على التخلى عن العقار الذى اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً فى عقد مع شخص آخر غير الذى أراد البيع إليه. ويجد الشفيع نفسه طرفاً فى عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك فى إنعقاده.

وقد كان لهذه الطبيعة القانونية إنعكاساً واضحاً وعميقاً على أحكام الشفعة، فأحاطها المشرع بمجموعة من القيود الموضوعية والقيود الإجرائية.

- فمن القيود الموضوعية التى وضعها المشرع للأخذ بالشفعة: أن جعلها لا تقع إلا على العقارات، كما أن الشفعة غير قابلة للتجزئة، وأجاز للشفيع التنازل عن حقه فى الأخذ بها ولو قبل البيع (م ٩٤٨/ ١ مدنى)، كما أن المشترى الذى يتوافر فيه شروط الشفعة يفضل على الشفعاء الذين هم فى طبقته (م ٩٣٧/ ٣ مدنى) ومنع المشرع الأخذ بالشفعة إذ وقع البيع بين الأصول والفروع وبين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٩٣٩ / ب مدنى).

- ومن القيود الإجرائية التى وضعها المشرع للأخذ بالشفعة: أن وضع مواعيد يؤدى عدم إحترامها إلى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، فأوجب على الشفيع إعلان رغبته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه، كما يجب عليه أن يقوم بإيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة المختصة (م ٩٤٢/ ٢ مدنى) ثم يقوم برفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٣ مدنى)، وإذا لم يتم الإنذار ولم يبادر الشفيع بإعلان رغبته فإن حقه فى الأخذ بالشفعة يسقط فى جميع الأحوال إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨/ ب مدنى).

- والشفعة على هذا النحو ليست بحق عينى ولا بحق شخصى، فهى طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، كالعقود والميراث، ووضع اليد بدون فرق. ولا يتصور أن السبب المكسب للحق العينى يسمى ذاته حقاً عينيا[1].

فالشفعة حق من الحقوق الترخيصية أو المنشئة "drois formateure" والحق الترخيصى أو المنشئ هو الحق الذى يتوقف نشوءه على إعلان إرادة من جانب من تقرر له[2]. والحق الترخيصى أو المنشئ، وبصفة خاصة الحق الترخيصى المستقل يجد مصدره فى المركز القانونى الذى يتواجد فيه صاحبه، ولذلك فهو لا يتقرر لأى شخص، لأنه لولا وجود هذا المركز القانونى ما كان لإعلان إرادة من تقرر له أى أثر قانوني[3]. من ذلك أيضاً حق الموجب له فى القبول، حق المسترد فى أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة، وحق الموعود له فى عقد الوعد بإعلان رغبته فى إبرام العقد الموعود به ....."[4].

فالحق فى الأخذ بالشفعة، باعتباره حقاً ترخيصياً[5]، يعبر عن مكنة إختيارية تتقرر فى حالة بيع عقار - يسمى بالعقار المشفوع فيه، لشفيع عين القانون أحواله، وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة - ويسمى بالعقار المشفوع به - ليحل محل المشترى - ويسمي بالمشفوع منه - إذا توافرت شروط معينة كما سوف نرى.

---

(1) أنظر استئناف وطنى ٢ ابريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧ مشار إليه فى السنهورى، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٢، ص ٤٤٨ هامش ١ .

(2) أنظر نبيل سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص ٩ هامش ٢، ص ١٠.

(3) ولذلك لا يجوز التعامل فيها أو حوالتها أو التنازل عنها إلى الغير أنظر فى ذلك نقض ١٩٨٩/١/١٧ س ٤٠ ص ١٧٤ حيث أن المحكمة نقضت الحكم الذى "أقام قضاءه على اعتبار الإقرار موضوع الدعوى صحيحاً فيما تضمنه من أنه إذا حكم للشفيع تكون الأرض المشفوع فيها ملكاً للمطعون ضده وأن هذا الإقرار لا مخالفة فيه للنظام العام" لمخالفته للقانون.

(4) أنظر فى الفرق بين الرخصة والحق المنشئ السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٢، ص ٤٤٩ هامش ١، ص ٤٥١ هامش ١، وأنظر فى دراسة مستفيضة لتأصيل الشفعة، أستاذنا الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠، ص ٥٢٤ وما بعدها.

(5) قارن عزت محمد حنورة، نظرية الشفعة فى القانون المصرى ١٩٨٧، فقرة ٨ ص ١٩ حيث يرى أن مكنة طلب الأخذ بالشفعة هى حق من الحقوق المالية، ولكنه ليس بالحق العينى أو الحق الشخصى وإنما هو حق من نوع خاص.

٣- خطة الدراسة:

سنقسم دراستنا للشفعة إلى أربعة مباحث، الأول: نتكلم فيه عن تحقق الشفعة لقيام سبب من أسبابها وتوافر شروطها، الثانى: نبين فيه إجراءات الشفعة، الثالث: نكشف فيه عن مسقطاتها، والرابع: نقف فيه على آثارها.

المبحث الأول

تحقق الشفعة

فى هذا المبحث نبين أسباب الشفعة، ثم نحدد الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة.

المطلب الأول

أسباب الشفعة

فى هذا المطلب نتناول، أولاً، بيان الشفعاء وطبقاتهم، ثم نبين بعد ذلك كيفية فض التزاحم بينهم.

أولاً: بيان الشفعاء وطبقاتهم

تنص المادة ٩٣٦ مدنى مصرى على أن "يثبت الحق فى الشفعة:

أ- لمالك لرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه.

ب- للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى.

جـ - لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

د- لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

هـ - للجار المالك فى الأحوال الآتية:

١- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار، أو كان حق الإرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل".

هؤلاء هم الشفعاء على حسب الترتيب الذى أورده المشرع. وهذا الترتيب له أهمية عند المفاضلة بين الشفعاء فى حالة تزاحمهم كما سنرى فيما بعد.

ومما تجدر ملاحظته هنا أن الشفعة ثبتت لهؤلاء الشفعاء لوجودهم فى مركز قانونى معين يعبر فى الغالب عن إتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع على نحو معين، اتصال شركة بالمعنى الواسع، أو اتصال جوار.

وعلى ضوء هذه النصوص سنعرض لكل سبب من أسباب الشفعة بحسب الترتيب السابق.

١- شفعة مالك الرقبة فى حق الإنتفاع

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه (م ٩٣٦/ أ مدنى مصرى)، فالشفعة فى هذه الحالة ليست سببا لكسب الملكية، بل هى سبب لكسب حق الإنتفاع، ويصبح بها الشفيع مالكا ملكية تامة.

والحكمة من تقرير حق الشفعة فى هذه الحالة هى أنها تؤدى إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الإنتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطاته على الشئ ولهذا فوائده الاقتصادية غير المنكورة.

والمقصود بحق الإنتفاع الملابس، أنه الحق الذى يقع على ملكية الرقبة التى تكون ثابتة للشفيع، بحيث إذا اجتمع الحقان تنتهى تجزئة الملكية، وهذا الفرض نادر الحصول فى العمل.

وتثبت الشفعة لمالك الرقبة ولو كان حق الإنتفاع لعدة شركاء على الشيوع، وباع أحدهم حصته الشائعة، ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين[١]

---

(١) "مفاد نص المادتين ٩٣٦، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة - فى بيع حق الإنتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة إذن بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الإنتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الإنتفاع الملابس للرقبة التى يملكها". نقض ١٩٧٩/١٢/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع ٣، ص ٢٦١ .

إذ أن الشفعة كما تثبت فى كل حق الإنتفاع الملابس تثبت أيضاً فى بعضه (م ٩٣٦/ أ مدنى مصرى).

ويجوز لمالك الرقبة أن يطلب الشفعة إذا بيع حق الإستعمال أو حق السكنى، فى الأحوال التى يجوز فيها البيع (م ٩٩٧ مدنى) وذلك تطبيقاً لنص المادة ٩٩٨ مدنى والتى تقضى بأنه "فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الإنتفاع على حق الإستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين"(١).

٢- شفعة الشريك فى الشيوع

وهنا سنعرض للقاعدة والحكمة من تقريرها، ثم نبين الشروط الواجب توافرها لتثبت الشفعة للشريك فى الشيوع.

أ- القاعدة والحكمة من تقريرها:

تثبت الشفعة فى المرتبة الثانية للشريك فى الشيوع، إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى (م ٩٣٦ / ب مدنى).

والحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الحالة، هى منع دخول أجنبى بين الشركاء فى العقار الشائع(٢). كما أن الشفعة تقوم فى هذه الحالة على إعتبارات اقتصادية وقانونية، وهى الحد من تعدد الشركاء وما يترتب عليه من تعقيد للأمور وزيادة فى المنازعات بين الشركاء مما يكون له أثره الواضح على إدارة وإستغلال الشئ الشائع، علاوة على أن الشفعة قد يترتب عليها فى هذه الحالة إنهاء حالة الشيوع، وهو هدف يسعى ويشجع عليه القانون.

ب- شروط الأخذ بالشفعة:

وهذه الشروط تدول حول الشريك الذى له الحق فى الأخذ بالشفعة، والبيع الذى بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة.

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٦٧، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٩، ص ٣١٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٧، ص ٣٥٠، حسن كيرة، فقرة ٣٠٨، ص ٥٤١.

(٢) وهو نفس الإعتبار الذى تقرر من أجله رخصة الإسترداد عند بيع حصة شائعة لأجنبى فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال (م ٨٣٣ مدنى) أنظر للمؤلف الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٤٧ وما بعدها.

أولاً: فبالنسبة للشريك الذى له الحق فى الأخذ بالشفعة، فيجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

١ـ يجب أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع فى العقار الذى بيعت حصة منه نفسه، وعلى ذلك فلا يجوز للشريك فى الحائط الفاصل بين ملكه والعقار المبيع أن يشفع بوصفه شريكاً لأنه ليس شريكاً فى العقار المبيع ذاته[١]. ولكن قد يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه. كما أنه لا يجوز للشريك فى مجرى مشترك معد للرى[٢]، أو فى فناء مشترك أو فى طريق مشترك بين عقارين أن يشفع فيهم بوصفه شريكاً لأن حقه الشائع يقتصر عليهم فقط، ولكن يجوز لهم طلب الشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه[٣].

٢ـ يجب أن يكون الشفيع شريكاً فى الشيوع وقت البيع، على ذلك لا تثبت الشفعة لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مسجل إذ الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل[٤]. كما لا تثبت الشفعة لمن اشترى جزءاً مفرزاً من أحد الشركاء ولو سجل عقده لأن هذا العقد غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء وبالتالى لا يعتبر شريكاً معهم فى الشيوع[٥]. وسنعود لهذا الموضوع فيما بعد.

---

(١) ويرى أستاذنا الدكتور حسن كيرة إجراء نفس الحكم في حال الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق مملوك كل منها ملكية مستقلة إذا بيعت طبقة أو شقة منها، فلا يجوز لمالك طبقة أو شقة أخرى من الشفعة فى الطبقة أو الشقة المبيعة إستناداً إلى ملكيته فى ملكية الأجزاء المشتركة من الدار إذ هو ليس شريكاً فى ملكية الطبقة أو الشقة المبيعة، فقرة ٣١١، ٥٤٨، ٥٤٩ وانظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٤٢، ص ٤٣٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨٥ ص ٥٦٩، ٥٧٠، محمود جمال الدين زكى، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٨، فقرة ٢٤٠، ص ٤٣٨، ٤٣٩، عزت حنورة، نظرية الشفعة فى القانون المصرى، فقرة ٤٧، ص ٨٣ ـ ٨٥ .

(٢) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٠، الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٣، مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠١٦.

(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨١، ص ٥٤٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٠، ص ٣٦١، إسماعيل غانم، ٦٧، حسن كيرة، فقرة ٣١١، ص ٥٤٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٨، ص ٣٥١، ٣٥٢ .

(٤) نقض ١٩٥٦/١٢/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٩٨٦، ١٩٥٧/٢/٧، س ٨ ص ١٤٣، ١٩٧٣/١١/٢٤، س ٢٤ ص ٣٢٩، ١٩٨١/١١/٢٩، س ٣٢ ص ٢٣٤١، ١٩٨٦/١/٣٠، الطعن رقم ١٩٦٧ لسنة ٥٢ ق .

(٥) أنظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية السابق الإشارة إليه: ص ١٦١ وما بعدها، وأنظر نقض ١٩٥٠/١١/٣٠، طعن رقم ٤٨، سنة ١٩ ق، ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٢٥ سنة ٢٠ ق .

وعلى ذلك فإنه لكى يبقى للشريك البائع حق الأخذ بالشفعة يشترط أن يكون مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار وأن يبقى مالكا له إلى حين تمام الأخذ بالشفعة ولا يؤثر فى ذلك إحتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه[1].

وكذلك لا تثبت الشفعة إذا انقضى الشيوع لأى سبب من الأسباب ثم بيع جزء من عقار كان يدخل فيه ولذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان ما انتهى إليه الحكم من تكييف المحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدى إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم فى الأخذ بالشفعة فإنه لا يكون قد خالف القانون"[2].

ثانيا: بالنسبة للبيع الذى بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة، فإنه يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

١- يجب أن يكون البيع لأجنبى، ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته إلى شريك آخر، فلا يجوز لأى من باقى الشركاء طلب الشفعة، وهذا الشرط بذاته يكشف بجلاء عن الحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الحالة.

٢- يجب أن يكون البيع لحصة شائعة، وهذا الشرط مرتبط بسابقه، إذ فى هذه الحالة يكون البيع صحيحا ونافذا فيما بين الطرفين وبالنسبة لباقى الشركاء ويترتب عليه أن يصبح المشترى شريكا معهم دون التوقف على موافقتهم، لذلك فتح لهم باب الشفعة لتجنب هذه النتيجة.

- أما بالنسبة لبيع الحصة المفرزة فقد ثار الخلاف بصدده.

فذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا التصرف يعتبر صحيحا كتصرف فى حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه. على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن يكون له حقوق أكثر من سلفه وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة[3]. ويترتب على ذلك أن يصبح المشترى شريكا لأن نص المادة ٩٣٦

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣، ١٩٧٩/٣/٥، س ١٤٣٠ ص ٧٠٨.

(٢) نقض ١٩٦٩/١١/٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١١٦٤. قارن نقض ١٩٩٤/١٠/١٩ الطعن رقم ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ ق.

(٣) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، ١٩٩٢، فقرة ٤١٤ ص ٣٩٨، عبد المنعم البدراوى، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ١٣٢، ص ١٦٢.

مدنى يثبت الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع "شىء" من العقار الشائع وهذا التعبير كما يصدق على بيع الحصة الشائعة يصدق على بيع الجزء المفرز [1].

ويذهب رأى آخر، وهو الذى نؤيده، إلى أنه إذا كان بيع الجزء المفرز صحيحاً نافذاً فيما بين الطرفين، لكن هذا لن يكفى لإجازة الشفعة فيه حيث أن هذا البيع غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء وبالتالى لا يعتبر المشترى شريكاً مع شركاء البائع ولذلك تنتفى الحكمة من إعطاء باقى الشركاء الشفعة فى هذه الحالة[2].

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعتناق الرأى الأول، فقضت بأن "مؤدى نص المادتين ٨٢٦، ٨٣٦ من القانون المدنى أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محدداً ومفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع. ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاءً مما يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص المادة ٩٣٦ من القانون المدنى"[3].

فى الحقيقة إن ما ذهبت إليه محكمتنا العليا يجافى المنطق ويصطدم مع صريح نصوص القانون وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن المحكمة تنسب إلى إرادة المتعاقدين ما لم تنصرف إليه لا حقيقة ولا فى الظاهر، وذلك بأن جعلت التصرف فى حصة مفرزة فى حكم

---

(١) محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٣٥، ص ٤١٢، عبد الفتاح عبد الباقى، دروس فى الأموال ١٠٥٠، فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤، ٣٤٥، رمضان أبو السعود، الوسيط فى الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الدار الجامعية، ١٩٨٦، بيروت ص ٣٤٩.

(٢) إسماعيل غانم، ص ٦٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣١، ص ٣١٣، حسن كيرة، فقرة ٣١٢، ص ٥٥١، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٩، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨١ ص ٥٤٩، ٥٥٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٨، ص ٣٥٢، جمال الدين زكى، فقرة ٢٣٥، ص ٤٢٨.

(٣) نقض ١٩٨٠/٥/١، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٢٨٣، ١٩٨٣/١/٣٠، س ٣٤، ص ٣٤٠، ١٩٨٨/١/٢٠، الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق ١٩٨٨/٦/٢٢، الطعن رقم ١٦١٥ لسنة ٥٥ ق. نقض ١٩٩١/٥/٢٣ س ٤٢ ص ١١٩٣، ١٩٩٤/١/١٩ س ٤٥ ص ٢٠٤.

التصرف فى قدر شائع. كما أن ذلك يتعارض مـع نـص المـادة ٨٢٦/ ٢ مدنـى. حيث أن مقتضى هذا الرأى أن يكون المتصرف إليه، وقـد أصبـح شـريكا علـى الشيوع، هو المتقاسم إذا ما تمت القسمة بعد التصرف بالرغم من أن المـادة تنص على أن حق المتصرف إليه ينتقل إلـى "الجـزء الـذى آل إلـى المتصـرف بمقتضى القسمة" فالمتصرف هو المتقاسم طبقا لهذا النص.

ثانيا: إن عدم إعطاء الشركاء الحق فى الشفعة إلا فى بيع الحصة الشائعة يتفق وقصد المشرع الذى عبر عنه صراحة وبوضوح فى نص المادة ٨٣٣ مدنى المتعلق بحق الإسترداد، وبالتالى ليس هناك أدنى مبرر للتفرقة فى هذا الخصوص بين حق الإسترداد والشفعة لأن الحكمة منهما واحدة[١].

ثالثا: إن إعتبار البيع غير نافذ فى حق باقى الشركاء يكفى وحده لعدم إعتبار المشترى لجزء مفرز شريكا فى الشيوع وبالتالى لا حاجة أساسا لإعطاء باقى الشركاء الحق فى الأخذ بالشفعة لانتفاء الحكمة منها، وهى منع دخول أجنبى بين الشركاء، وفى ذلك اقتصاد الوقت والنفقات وعدم إثقال لكاهل القضاء. كما أن الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل والقياس فكان الأولى عدم التوسع فيها.

رابعا: قصر الشفعة على حالة بيع أحد الشركاء على الشيوع لحصة شائعة من العقار الشائع يحقق الإتساق فى أحكام محكمة النقض. خاصة وأن هذه المحكمة لا تعطى لمشترى الحصة المفرزة حق طلب الشفعة إذا ما باع أحد الشركاء فى الشيوع لحصة شائعة إلى أجنبى[٢] على أساس أن المشترى لا

---

(١) ويرى البعض أن هذا قياس مع الفارق على أساس أنه فى الإسترداد الأمر يتعلق ببيع حصة شائعة فى منقول معين قسمته تنهى كل صلة أو شبهة صلة بين من كانوا شركاء فيه وذلك بخلاف الأمر فى العقار، عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٤٢. هذا الرأى يتجاهل أن الإسترداد يشمل أيضا بيع حصة شائعة فى مجموع من المال، كالتركة، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر، وذلك حتى لو اشتمل هذا المجموع على عقار، وفى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل الملكية إلا بتسجيل التصرف.

(٢) نقض ١٩٥٠/١١/٣٠ طعن رقم ٤٨ لسنة ١٩ق، ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٢٥ سنة ٢٠ق. وقد قضت محكمة النقض فى هذه الأحكام "بأن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طالب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفى حدوده أى باعتباره مالكا ملكية مفرزة، ومن ثم فإنه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جارا ملاصقا. وكل إدعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضى، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعا. نقض ١٩٩١/٢/٢٦ الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٦ ق.

يعتبر مالكا للجزء المفرز في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالى ليس شريكا فى الشيوع، وذلك لعدم نفاذ البيع فى حقهم أصلا، أى ليس مالكا لحصة شائعة فى ذات العقار محل البيع الذى يراد طلب الشفعة فيه !!!

وهكذا اعتبرت المحكمة المشترى لجزء مفرز فى الفرض الأول شريكا بأن جعلت التصرف فى حصة مفرزة فى حكم التصرف فى قدر شائع وأجازت لباقى الشركاء طلب الشفعة. وفى الفرض الثانى لم تعتبره كذلك وأنكرت عليه طلب الشفعة فى حالة بيع أحد الشركاء لحصة شائعة إلى أجنبى !!!

ولذلك نرى أنه يجب، رغم عموم نص المادة ٩٣٦/ب مدنى، قصر الشفعة على حالة بيع حصة شائعة من العقار المملوك على الشيوع.

جـ- نطاقها:

تثبت الشفعة عند بيع الشريك لحصة شائعة، ويستوى فى ذلك الشريك فى حق الملكية أو الشريك فى حق الإنتفاع[1]، حيث أن نص المشرع على ثبوت الشفعة "للشريك فى الشيوع" مطلق، والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يرد نص على تقييده. كما أن إصطلاح "العقار الشائع" لفظ مطلق أيضا يشمل الملكية العقارية كما يشمل الإنتفاع العقارى، إذ طبقا للمادة ٨٣ مدنى يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار.

كما أن الحكمة فى ثبوت الشفعة للشريك فى الملكية، وهى استبعاد الأجنبى والعمل على إنهاء الشيوع، قائمة بالنسبة للشريك فى الإنتفاع[2].

كما أن بيع البناء على سبيل القرار، إستقلالا عن الأرض هو بيع عقار ويجوز للشريك المشتاع فى البناء أخذ الحصة المبيعة فيه بالشفعة طبقا لما تنص عليه م ٩٣٦/ب مدنى مصرى[3].

---

(١) أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢١٤ ص ١٩٩، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٩٠، ص ٤٣١.

(٢) أنظر إسماعيل غانم، ص ٦٨، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٦، ص ٢٦٠، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٣٦ ص ٤١٣، عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤، ٣٤٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٠، ص ٣١٢، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨١، ص ٥٥٢، ٥٥٤، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٩، ص ٣٥٣، عبد المنعم البدراوى، حق الملكية ١٩٧٣، فقرة ٢٣٥، ص ٢٤٩، حسن كيرة، فقرة ٣١١، ص ٥٤٧، ٥٤٨، جمال الدين زكى، فقرة ٢٣٥، ص ٤٢٩، ٤٣٠، محمد لبيب شنب، موجز فى الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٤، فقرة ٧٩، ص ٧٩.

(٣) أنظر نقض ١٩٧٥/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٢١٦.

تثبت الشفعة، فى المرتبة الثالثة، لصـاحب حق الإنتفـاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها (م ٩٣٦/ جـ مدنى مصرى)، ثبوت الشفعة فى هذه الحالة يستجيب لنفس الإعتبارات التى أدت إلى ثبوتها، لمالك الرقبـة إذا بيع حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه، وهى جمع مـا تفرق مـن عنـاصر حق الملكية فى يد واحدة. ولذات العلة تثبت الشفعة أيضا، وبنفس الشروط، لصاحب حق الإستعمال أو السكنى طبقا للمادة ٩٩٨ مدنى التى تنص على سريان أحكـام الإنتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما[1].

وتطبيقا لذلك إذا كانت الرقبة لشـخص واحد والإنتفـاع لشـخص واحد كذلك، وبيعت الرقبة كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع فيها دون أدنى صعوبة.

أما إذا كان حق الإنتفاع شائعا بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلـها كـان لأصحاب الإنتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه، وبالتالى ليس لكل واحد منهم أن يشفع فى كل الرقبة لأن حقه لا يلابس إلا بعض المبيع.

لكن إذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وبـاع أحدهم حصتـه فيـها، كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع لأن الرقبة المبيعة هى بعض الحق الملابس لحق الإنتفاع مما يدخل فى حكم النص. ويلاحظ هنا أنـه إذا تزاحم علـى الشـفعة فـى بيع الحصة الشائعة فى الرقبة شريك آخر فى ملكيتها وصـاحب الإنتفـاع فضـل الشريك فى الرقبة لأنه فى مرتبة سابقة على شفعة المنتفـع فـى ملكيـة الرقبـة[2] ويشترط ليقوم هذا التزاحم أن يكون بيع الحصة الشائعة فى الرقبة لأجنبى لأنـه إذا كان المشترى شريك آخر فى الرقبة فلا تصح الشـفعة لصـاحب الإنتفـاع، إذ أن المشترى فى هذه الحالة توافرت فيه الشـروط التـى كـانت تجعلـه شـفيعا فـى مرتبة أعلى (م ٩٣٧/ ٣ مدنى) وفى هذه الحالة يتجلى الفارق بيـن شـفعة مـالك الرقبة وشفعة صاحب حق الإنتفاع حيث أن شـفعة هـذا الأخـير لا تصـح إلا إذا

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٢٧٠، منصور مصطفى منصـور، فقـرة ١٣١، ص ٣١٤، حسـن كيرة، فقرة ٣٠٨، ص ٥٤١، السـنهورى، الوسـيط، جــ ٩، فقـرة ١١٢، ص ٥٥٨ هامش ٢.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٩/١٢/١٣ السابق الإشارة إليه.

كان البيع لأجنبى بينما على عكس ذلك تصبح شفعة مالك الرقبة حتى ولو باع أحد الشركاء فى الإنتفاع حصته الشائعة إلى شريك آخر[1].

٤- شفعة مالك الرقبة فى الحكر والمستحكر

طبقا لنص المادة ٩٣٦ /د مدنى يثبت الحق فى الشفعة لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة"[2] والحكمة من تقرير الشفعة هنا أيضا هى جمع ما تفرق من عناصر الملكية فى يد واحدة.

والشفعة فى الحالتين نادرة فى العمل حيث أن حق الحكر لا يترتب، منذ العمل بالتقنين المدنى الحالى، إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢/ ٢ مدنى).

ويترتب على ذلك أولا: أنه بالنسبة لشفعة مالك الرقبة فى الحكر، نجد أنه فى حالة بيع حق الحكر لا يجوز للوقف، وهو مالك الرقبة، أن يأخذ بالشفعة (م ٩٣٩ / ٢ مدنى) ولذلك لا يتصور شفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر إلا بالنسبة للأحكار القائمة على أراضى غير موقوفة قبل العمل بالقانون المدنى الحالى أو فى حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته (م ١٠٠٨/ ٣ مدنى) إذ فى هاتين الحالتين يبقى الحكر قائما على أرض غير موقوفة استثناء من القاعدة العامة.

ثانيا: بالنسبة لشفعة المستحكر إذا بيعت الرقبة، نجد أنها لا تتحقق من حيث المبدأ حيث أنه لا يجوز بيع أعيان الوقف[3]، ولا شفعة إلا فى بيع[4].

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٧٠.

(٢) قارن هذه الصياغة بما ورد فى نص المادة ٩٣٦/ أ، ٩٣٦/ جـ. وأنظر إنتقاد ذلك: منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٢، ص ٣١٤، هامش ١، وقارن حسن كيرة، فقرة ٣٠٩، ص ٥٤٢، ٥٤٣.

(٣) ويسمح بصفة استثنائية بيع الوقف عن طريق الإستبدال، ويرى البعض أنه ببيعها تفقد صفة الوقف فينتهى الحكر على هذه الأرض وينتقل إلى الأرض الأخرى التى استبدلت بها ولذلك لا يكون للمحتكر أن يطلب الشفعة فى هذا البيع، إسماعيل غانم، ص ٧٠، بينما يرى البعض أن الشفعة يمكن أن تتحقق قبل تسجيل عقد البيع منصور مصطفى منصور، فقتر ١٣٢، ص ٣١٥، وأنظر فى التعليق على هذه الآراء السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٣، ص ٥٦١، هامش ٢.

(٤) يلاحظ أن المحتكر يملك ما أحدثه من بناء وغراس أو غيره ملكا تاما، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى) ولذلك للمحتكر أن يشفع ببنائه لكن لا يصح أن تقاس عليه حالة المستأجر الذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها نقض ١٩٥٥/٢/٣ طعن رقم ١٠ لسنة ٢٢ ق.

٥- شفعة الجار المالك

وردت شفعة الجار المالك فى آخر مراتب الشفعاء (م ٩٣٦/ هـ مدنى). ومع ذلك هذا السبب من أسباب الشفعة لم يلق ترحيبا لا من جمهور فقهاء الشريعة من قبل[١] ولا من جمهور فقهاء القانون من بعد[٢]. وقد كان لذلك صداه عند وضع التقنين المدنى الحالى فقد حذفت لجنة المراجعة من مشروع التقنين المدنى الجوار كسبب للشفعة، إلا أن مجلس النواب قرر إعادته. وقد كان من حسن السياسة التشريعية أن يحذف المشرع الجوار كسبب من أسباب الشفعة أو على الأقل يحصره فى أضيق الحدود[٣]. ولذلك كان مسلك المشرع محل إنتقاد من جمهور الفقهاء[٤].

وسوف نعرض لشفعة الجار المالك من حيث نطاقها، ثم نبين بعد ذلك حالاتها.

أ- نطاقها:

ويجب أن نحدد المقصود بالجوار الموجب للشفعة، وذلك حتى نحدد نطاقها من حيث الموضوع، ثم نحدد نطاقها بعد ذلك من حيث الأشخاص.

١- من حيث الموضوع: المقصود بالجوار

لا يقصد هنا بالجوار مطلق الجوار، وإنما يقصد هنا الجوار بالمعنى القانونى، أى التلاصق بين العقار المبيع (المشفوع فيه) والعقار المملوك للشفيع (العقار المشفوع به). ويقصد بالتلاصق عدم وجود إنفصال تام بين هذين العقارين بأن يفرق بينهما عقار آخر مستقل (كترعة أو مصرف أو طريق) غير مملوك لأى من الشفيع والبائع، بأن كان مملوكا للدولة أو للغير أو حتى كان

---

(١) أنظر فى عرض تفصيلى لموقف الفقه الإسلامى من ذلك رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٥٣ وما بعدها.

(٢) إسماعيل غانم، ص ٦٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٦، ص ٣٠٦، ٣٠٧، حسن كيرة، فقرة ٣٠٢، ص ٥٣٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٤، ص ٤٧٩، ٤٨٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٤، ص ٣٤٧، ٣٤٨.

(٣) وقد ألغى المشرع اللبنانى شفعة الجوار بالقانون رقم ٤٦١ فى ١٩٩٥/٨/٣١ الجريدة الرسمية العدد ٣٦ فى ١٩٩٥/٩/٧.

(٤) أنظر المراجع المشار إليها فى هامش ٢ من هذه الصفحة.

مملوكاً للبائع ولكنه لم يدخل فى البيع، لأى سبب كان[1]. أما إذا كان الفاصل مملوكاً للشفيع أو للبائع أو لكليهما[2] فلا ينفى ذلك التلاصق بشرط ألا تنحصر ملكية الشفيع[3] أو البائع فى هذا الفاصل دون باقى العقار الملاصق، إذ يلزم أن يخدم هذا الفاصل أحد العقارين، ولو لم يكن مملوكاً لهما، حتى ولو كان يخدم عقارات أخرى[4].

ويشترط ألا يكون الفاصل بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه إصطناعياً يقصد به مجرد حرمان الشفيع من حق الشفعة. كأن يتعمد البائع والمشترى ترك شريط من أرض البائع من الجهة المجاورة لعقار الجار المالك (الشفيع) أو أن يقوم البائع بهبة هذا الشريط للمشترى، فلا يشمل المبيع هذا الشريط ليبقى فاصلاً بين العقارين، أو العمل على تجزئة الأرض المبيعة بأن يبيع أولاً الجزء البعيد عن عقار الجار المالك (الشفيع) فإذا ما تملك المشترى هذا الجزء يقوم بعد ذلك ببيع الجزء المتبقى والملاصق لأرض الجار المالك (الشفيع) فبذلك يمتنع على هذا الأخير طلب الشفعة فى هذا البيع الثانى لأن

---

(١) بأن كان العقار الفاصل مملوكاً للشفيع ملكية مفرزة وليس من توابع العقار المشفوع به طالما أنه لم يستند الشفيع إلى هذا العقار الفاصل المملوك له فى طلب الشفعة وذلك بسبب إكتسابه ملكية هذا العقار بعد البيع المشفوع فيه. أنظر عزت حنورة، فقرة ٣١، ص ٥١ هامش ١.

(٢) نقض ١٩٥٦/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ لسنة ١٣ ق. سكة زراعية عملت على حساب القسمين ومملوكة لهما مناصفة". ١٩٤٥/٢/١ طعن رقم ٨٩ سنة ١٤ ق المصرف الذى يعتبر بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم". نقض ١٩٤٤/١٢/٧ طعن رقم ٣١ سنة ١٤ ق .

(٣) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٠ طعن رقم ١٩٧ سنة ٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠١٦، حيث قضت بأنه "متى كان المشترى لا يعدو أن يكون شريكاً على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشترى بأنه شريك على الشيوع فى جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشييوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى جزء ضئيل من بعض المبيع" نقض ١٩٨٠/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١٥٤٥ حيث قضت بأنه "...... تمسك الطاعن بملكية المسقاة لا يجديه فى القول بتوافر شروط الشفيع فيه إذ أن ملكية المساقة وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق فى الشفعة".

(٤) أنظر نقض ١٩٤٣/١٢/٣٠ طعن رقم ٦١ سنة ١٣ ق، ١٩٤٤/١٢/٢١ السابق الإشارة إليه. ١٩٩٠/١/٤ س ٤١ ص ١٢٠.

المشـترى يعتبر بملكيتـه للجـزء الأول جـارا أيضـا فيفضـل هـذا الجـار المـالك (الشفيع) طبقا لقواعد فض التزاحم بين الشفعاء التى سوف يأتى بيانها. فى هذه الحالات يذهب جمهور الفقهاء[1] إلى أنه إذا ثبت التحـايل، ويكـون إثباتـه بكافـة طرق الإثبات، تعيـن علـى المحكمـة رده والحكم بالشـفعة. وهـذا مـا أخـذت بـه محكمة النقض منذ زمن بعيد[2].

ولا يشترط فى التلاصق بالمعنى القـانونى أن يكـون ممتـدا بقـدر كـاف كما يذهب إلى ذلك بعض الأحكام[3] وإنما استقر الفقـه[4] والقضـاء[5] علـى أنـه يكفى التلاصق ولو بشبر واحد. كما يستوى أن يكون هذا التلاصق أفقيـا، وهـذا هو المعتاد، بأن يكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيـه ملاصقـة جانبية، أى يكون إلى جانبه فى أى جهة من جهاته، أو رأسيا كأن يكـون العقـار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه أو فى أسفله وهـذا مـا يتحقـق فى المبانى فى ملكية الطبقات[6].

ويلاحظ أن مجرد هذا التلاصق قد يكفى لقيام سبب الشفعة بالجوار كما هو الشأن فى المبانى والأراضى المعدة للبناء، وقد يلزم عـلاوة علـى التلاصـق شروط أخرى كما هو الشأن فى الأراضى غير المعدة للبناء.

---

(١) إسماعيل غـانم، ص ٧٢، منصـور مصطفـى منصـور، فقـرة ١٣٣، ص ٣١٦، حسـن كيرة فقرة ٣١٤ ص ٥٥٣ هامش ٢، السنهورى، جـ ٩، فقـرة ١٨٥، ص ٥٦٧، عبـد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٢، ص ٣٧٧، عزت حنورة، فقرة ٣١، ص ٥١.

(٢) نقض ١٩٤٥/٥/١٧ طعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ ق، ١٩٥٣/٣/٢٦، مجموعـة أحكـام النقض، س ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨، نقض ١٩٨٠/٢/١٢، مجموعة أحكام النقـض، س ٣١، ص ٤٨١ .

(٣) نقض ١٩٤٥/٥/١٧ طعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ ق، ١٩٥٣/٣/٢٦، مجموعـة أحكـام النقض، س ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨، نقض ١٩٨٠/٢/١٢، مجموعة أحكام النقـض، س ٣١، ص ٤٨١ .

(٤) محمد كامل، جـ ٣، فقرة ٢٢٢، ص ٢١٠، فقرة ٢٢٨، ص ٢٢٠، شفيق شحاته، فقـرة ٤٢، ص ٢٥٩ ، محمد على عرفة، جـ ٢، فقـرة ٢٤٠، ص ٤١٩، ٤٢٠، عبـد الفتـاح عبد البـاقى، فقرة ٣٦٦، ص ٣٤٨، وفقـرة ٢٥٧، ص ٣٥٢، عبـد المنعـم البـدراوى، فقرة ٤٠٥، ص ٤٤٢، إسماعيل غـانم، ص ٧١؛ منصـور مصطفـى منصـور، فقـرة ١٣٣، ص ٣١٥، ٣١٦، حسن كيرة، فقرة ٣١٤، ص ٥٥٤، عبد المنعم فرج الصـدة، فقرة ٢٤٢، ص ٣٧٥، ٣٧٦، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٨ .

(٥) نقض ١٩٥٤/٤/١، مجموعة أحكام النقض، س ٥، ص ٧٤٣ .

(٦) السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٨ .

٢- من حيث الأشخاص: تثبت الشفعة للجار المالك:

تنص المادة ٩٣٦ / هـ مدني على أن يثبت الحق في الشفعة للجار المالك. وعلى ذلك يشترط لثبوت الشفعة على أساس الجوار أن يكون طالب الشفعة مالكا للعقار الملاصق الذى يشفع به. ويستوى أن يكون مالكا ملكية مفرزة أو مالكا مع غيره على الشيوع[1]، كما يستوى أن يكون مالكا ملكية تامة أو مالكا للرقبة فقط. وعلى ذلك فليس لصاحب حق الانتفاع أو حق الإستعمال أو حق السكنى أو حق الحكر أن يطلب الشفعة إذ بيع العقار المجاور للعقار الذى يرد عليه حقه. ويكفى أن يكون الشفيع مالكا للبناء دون الأرض المقام عليها، حتى تثبت له الشفعة[2] على نحو ما سنرى فيما بعد.

لكن هل يلزم أن يكون البيع المشفوع فيه واردا على الملكية؟ بعض الفقهاء يذهب إلى ضرورة ذلك بحيث إذا بيع حق الإنتفاع المقرر على العقار فلا تثبت الشفعة لمالك العقار الملاصق[3].

بينما تذهب محكمة النقض إلى عكس ذلك حيث قضت بأن "النص فى المادة ٩٨٥/ ١ مدنى على أن حق الإنتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم مفاده أن حق الإنتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه إستقلالا دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة. ولما كان مفاد نص م ٩٣٦، ٩٣٧ مدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة فى بيع حق الإنتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الإنتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا. وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند تزاحمهم له **وفق ما جرى به هذا النص فقد**

---

(١) ويستوى أن يطلب الشفعة كل الشركاء على الشيوع أو أن يطلبها أحدهم. ولا يؤثر فى ذلك إحتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وأن يبقى مالكا له حين الأخذ بالشفعة، وبقاء الجوار ليس شرطا لبقاء الإستحقاق، فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع سقط حقه فيها. أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة فلا يهم زوال ملكه الذى يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو عن طريق آخر". نقض ١٩٤٤/١٢/٢١، طعن رقم ٩٧، سنة ١٣ ق.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣، ص ٣١٧، حسن كيرة، فقرة ٣١٥، ص ٥٥٥.

(٣) إسماعيل غانم، ص ٧٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٤، ص ٣٧٩.

تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين مـالك الرقبـة فـى بيـع حـق الإنتفـاع فتكـون الأفضلية للأخير مؤكد بذلك أن الشفعة فى حق الإنتفاع مقررة لسائر الشـفعاء وذلك لتوفر الحكمة فى تقرير الشفعة وهى منع المضار، لما كان ما تقـدم فـإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك يكـون قـد أصـاب فى النتيجة التى انتهى إليها[(1)].

ب- حالاتها:

تنص المادة ٩٣٦ مدنى على أن "يثبت الحق فى الشفعة :

..... (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية:

١- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبنـاء سـواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار، أو كان حـق الإرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل".

وعلى ذلك يتضح أن المشـرع يفرق بين حـالتين: الأولـى الشـفعة فـى المبانى أو الأراضى المعدة للبنـاء، والثانيـة فـى الأراضـى غير المبينـة وغير المعدة للبناء، ولنر أحكام هاتين الحالتين فيما يلى:

الحالة الأولى: شفعة الجار المالك فى المبانى والأراضى المعدة للبناء:

يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك إذا كـانت العقـارات مـن المبـانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم من القرى (م ٩٣٦/ هـ / ١ مدنى).

وينحصر حكم هذه الحالة فى المبانى والأراضى المعدة للبناء.

- ويقصد بالمبـانى كـل مجمـوع مـن المـواد أيـاً كـان نوعـها، خشـباً أو حجارة أو حديد اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان. ويجب أن يكـون هـذا البناء عقاراً بالمعنى القانونى، أى ما كان مستقراً بحيزه ثابتاً فيـه لا يمكـن نقلـه بدون تلف حيث أن الشفعة لا تجوز إلا بالنسبة للعقارات. ويستوى بعـد ذلـك أن

---

(١) نقض ١٣/١٢/١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، جـ ٣، ص ٢٦١ .

يكون هذا البناء فى المدن أو فى القرى؛ داخل الكردون أو خارجه. لكن إذا كان البناء خارج الكردون ويقع فى أرض واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل الأهمية بالنسبة لمساحة الأرض فإن العبرة فى دس بالأرض غير المعدة للبناء لا بالبناء[1].

- ويقصد بالأراضى المعدة للبناء الأراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى يسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (الخاص بتقسيم أراضى البناء) إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان، فهذه من أراضى البناء بصورة قاطعة. أما إذا لم تكن داخلة فى هذا النطاق وكانت خاضعة لضريبة أطيان فإنها تعتبر أرضا زراعية ولا خلاف على ذلك[2].

وينحصر الخلاف حول الأراضى الداخلة فى المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وكانت خاضعة لضريبة الأطيان.

فى الواقع إن ربط ضريبة الأطيان عمل إدارى لا إرادة للأفراد عليه وأنه يرجع إلى طبيعة إستغلال الأراضى وليس لطبيعة الأرض نفسها وبالتالى فهو لا يغير من طبيعتها. كما أن ربط هذه الضريبة على قطعة أرض لا يقوم فى ذاته بحسب المعايير السلمية دليلا قاطعا على أنها تعتبر فى طبيعتها من الأراضى الزراعية وعلى ذلك فالعبرة بوصف الأرض وتحديد طبيعتها كأرض بناء أو أرض زراعية هى بالحالة التى عليها الأرض وفقا للظروف والملابسات المحيطة بها وقت إنعقاد البيع الذى تولد عنه حق الشفعة[3]. والأصل فى إعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التى وضعتها الحكومة تحديداً لنطاق المدينة أو القرية فى ضوء القوانين المنظمة لذلك وما صدر بشأنها من قرارات تنفيذية[4].

وقد قضت محكمة النقض حديثاً بأنه "إذا كانت الأرض تدخل فى حدود المدينة أو القرية التى تبين المدى الذى يتطلبه التوسع الجغرافى والعمرانى

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٨/٦/١٠ طعن رقم ٤٢، سنة ١٧ق. المعول عليه أن يكون البناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها، أو تكون أرض فضاء تابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها تبعية يجعلها مرفقاً له أو ملحقاً به.

(٢) أنظر للمؤلف القانون الزراعى، الملكية الزراعية - والإيجار الزراعى، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢٦.

(٣) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤، الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق.

(٤) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤، السابق الإشارة إليه.

بالبناء فهى بحكم هذا الوضع الذى أنشأته الدولة تعتبر من الأراضى المعدة للبناء حتى ولو كانت مستغلة إستغلالا مؤقتاً لغرض آخر، أما إذا كانت تخرج عن تلك الحدود فهى لا تعتبر أرض بناء إلا إذا كانت قد أعدت إعدادا فعليا لهذا الغرض ولقاضى الموضوع بهذا الصدد السلطة التقديرية للفصل فى هذه المسألة بغير معقب متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله، والمعول عليه فى أى من هاتين الحالتين هو بحالة الأرض وقت إنعقاد البيع الذى تولد عنه حق الشفعة"[(١)].

وهذا هو ما يذهب إليه أيضا الرأى السائد فى الفقه[(٢)] ويضيف البعض إلى ذلك أنه لا يكفى الإعداد الفعلى، بل يجب أن يكون ذلك فى حدود ما تسمح به القوانين واللوائح[(٣)] وهذا بطبيعة الحال ما يجب أن تأخذه محكمتنا العليا فى الإعتبار خاصة فى الوقت الحالى الذى تهدف فيه سياسة الدولة إلى المحافظة على الرقعة الزراعية عن طريق حظر ترك الأرض بغير زراعة أو تبويرها عمدا (م ١٥١، ١٥٥ من قانون الزراعية رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٥) وحظر إقامة أى مبان أو منشآت فى الأراضى الزراعية أو إتخاذ أية إجراءات فى شأن تقسيم هذه الأراضى لإقامة مبانى عليها (م ١٥٢ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣) ويعتبر هذا القانون فى حكم الأراضى الزراعية، الأراضى البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية[(٤)].

- ويشترط فى هذه الحالة للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، ولو كان هذا التلاصق بشبر واحد على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك فلا توجد شروط أخرى سوى هذا التلاصق، فلم

---

(١) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤، السابق الإشارة إليه.

(٢) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٣١، ص ٢٢٤ ـ ٢٢٦، شفيق شحاته، فقرة ٢٤٢، ص ٢٥٦، هامش ١، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٤٠، ص ٤٢٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٣٣، ص ٣١٧، ٣١٨، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٩٧، ص ٤٣٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٥، ص ٣٦٢، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٤، ص ٥٦٢ ـ ٥٦٣.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣١٧، ص ٥٥٦ .

(٤) أنظر مؤلفنا فى القانون الزراعى السابق الإشارة إليه ص ٢٤٩ وما بعدها، وص ٢٥٥ وما بعدها .

يشترط المشرع أى شروط أخرى تتعلق بحجم العقار المشفوع به أو بقيمته أو بارتباطه بالعقار المشفوع فيه بحق إرتفاق أو بتعدد مواضع الإلتصاق معه أو غير ذلك من شروط على النحو الذى سوف نراه فى الحالة الثانية وإذا كان يشترط لعدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقار المشفوع به والمشفوع فيه من وقت البيع وحتى الأخذ بالشفعة إلا أن إستمرار التلاصق ليس شرطا لبقاء الإستحقاق[1].

وعلى ذلك فإذا كان العقار المبيع أرضا عليها بناء، فيكفى أن يكون ملك الشفيع ملاصقاً للأرض ولو لم يلاصق البناء. وإذا كان العقار المبيع أرضاً فضاء فتكفى الملاصقة أيضاً لملك الشفيع أياً كان. أما إذا كان العقار المشفوع به بناء دون الأرض المقام عليها فيشترط للأخذ بالشفعة ملاصقة هذا البناء للعقار المبيع المشفوع فيه أرضاً كان أم بناء[2]. والصورة المألوفة لتملك البناء دون الأرض تكون فى حالة إذا ما أقام المنتفع أو المستحكر بناءً على الأرض التى يرد عليها حقه وتملكه. فيكون له أن يشفع بملكيته للبناء لابحقه فى الإنتفاع أو فى الحكر، لأن الشفعة بسبب الجوار مقصورة على الجار المالك على النحو السابق بيانه[3].

وبناءً على تلك رفضت محكمة النقض أن تعطى المستاجر الذى يقيم بناء فى الأرض المؤجرة ويتملكه حق الشفعة. كما رفضت أن تقاس حالة المحتكر على حالة المستأجر الذى يقيم بناءً على الأرض التى استأجرها "لأن

---

(١) نقض ١٩٨٦/٥/٦، الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ٥٢ ق .

(٢) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٢٤، ص ٢١٣، ٢١٤، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٥، ص ٣٦٣، حسن كيرة، فقرة ٣١٧، ص ٥٥٦، جمال الدين زكى، فقرة ٢٣٩، ص ٤٣٨.

(٣) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٢٦، ص ٢١٨، ٢١٩، حسن كيرة، فقرة ٣١٧، ص ٥٥٦ ويرى البعض أنه فى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض. وله أيضاً أن يشفع بحق الإنتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حق عينى فى عقار فيكون عقاراً متميزاً عن رقبة الأرض. وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً، البناء المقام على الأرض وحق الإنتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض، فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض فيكفى أن تكون الأرض دون البناء هى الملاصقة للعقار المشفوع فيه. السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٥، هامش ٣. ونرى أن فى ذلك توسع ليس له ما يبرره وخاصة وأن الشفعة وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها.

للمحتكر حق عينى تتحمله العين فى يد كل حائز لها، ويراد بـه استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر ما دام قائما بدفع أجر المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكـا أبديا بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقا شخصيا قبل المؤجر ولا يعطيه حق البقاء والإستقرار على الدوام فـلا يثبت لـه حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء"[1] وأكدت ذلك بعبـارة واضحـة فـى حكـم حديث بقولها أن: "حق المستأجر على المبانى التى أنشأها على العيـن المؤجـرة لا يعدو أن يكون حقا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتـهاء الإيجـار إذ لا يكتسب عليها حقا بوصفها مالا ثابتا إلا لفترة محددة، فلا يجوز لـه أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيـع بالشفعة باعتبـاره جارا مالكا"[2].

كما أنه طبقا للإتجاه الحديث لمحكمة النقض لم يعد للمشترى الذى يقيم بناء فى الأرض التـى اشتراها قبل تسجيلها حـق طلـب الشـفعة. حيث قـررت المحكمة "..... أن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشـترى البـانى بمجـرد صـدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنمـا بتسـجيل عقـد البيـع لأن عقـد البيـع غير المسـجل وإن كـان يلـزم البـائع بتسـليم المبيـع ممـا يـترتب عليـه أن يكـون للمشترى حيازة المبيع والإنتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه مـن مبـان علـى الأرض المبيعـة لأن حـق القـرار حـق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقـا لحكـم المـادة التاسـعة مـن قـانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل ...."[3].

ويلاحظ أن الشفعة بالجوار تتحقـق غالبـا بـالتلاصق الأفقـى سـواء فـى الأرض المعدة للبناء أو المبانى، لكن بالنسبة للمبانى يمكن أن يتحقـق التلاصـق الرأسى كما فى ملكية الطبقات والشقق فيكون التلاصـق بيـن كـل طبقـة أو شـقة ومـا فوقـها أو تحتـها. وتثبت الشـفعة فـى هـذه الحالـة بسـبب الجـوار لا بسـبب

---

(١) نقض ١٩٥٥/٢/٣، طعن رقم ١٠ سنة ٢٢ ق.

(٢) نقض ١٩٧٠/١٠/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١٠٩٧ .

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١٠٠٢، ١٩٧٩/١/٢٤، س ٣٠، جـ ١، ص ٣٥٧، ١٩٨٠/٤/٢٤، س ٣١، ص ١٢٠١، ١٩٨١/١/٢٨، س ٣٢، ص ٣٦٧، ١٩٨١/٢/٢٥، س ٣٢ ص ٦٣١، ١٩٨٦/٤/١٦، الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق .

الإشتراك فى الشيوع فى ملكية الأشياء المشتركة فى الدار[1] وعلى ذلك فإنه لا تجوز الشفعة بالجوار فى بيع طبقة أو شقة لمالك طبقة أو شقة أخرى من الدار غير ملاصقة للطبقة أو الشقة المبيعة رغم اشتراكه فى الشيوع فى ملكية الأشياء المشتركة من الدار[2].

- ويشترط لتحقق التلاصق على الوجه المتقدم ألا يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع. وعلى ذلك إذا فصل بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام انتفى التلاصق الذى يجيز الشفعة ... لكن إذا كان هذا الفاصل مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما فإن هذا التلاصق يتحقق. وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا الفاصل قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن هذا التلاصق ينتفى تماما. على أنه إذا كانت قطعة الأرض الفاصلة بين العقارين قد اقتطعها البائع من الأرض المبيعة ليحتفظ بملكيتها ولا يدخلها فى البيع وذلك على سبيل التحايل لمنع الشفعة فإنه يرد عليه سوء قصده ويعطى للشفيع الحق فى إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات، فإذا أفلح فى ذلك فإنه يحق له الأخذ بالشفعة[3].

الحالة الثانية: الشفعة فى الأراضى غير المبنية وغير المعدة للبناء:

وتشمل هذه الحالة الأراضى الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى. وهذه الحالة تشمل صورتين لم يكتف المشرع فيهما بمجرد التلاصق كما هو الحال فى الحالة السابقة وإنما تشدد وتتطلب شروطا إضافية أخرى. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

الصورة الأولى: التلاصق مع الإرتفاق:

فى هذه الصورة أضاف المشرع فيها إلى شرط التلاصق ولو من حد واحد، وهو الذى يتحقق معه الجوار، أن يكون للأرض المبيعة حق إرتفاق على

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣١٧، ص ٥٥٨.

(٢) نفس المرجع، وانظر عكس ذلك، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ٢، فقرة ٢٤٢، ص ٤٢٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨٥، ص ٥٦٩، عزت حنورة، المرجع السابق فقرة ٤٧، ص ٨٣ - ٨٥. وهذا الرأى يتوسع فى الشفعة دون مبرر خاصة وأن الشفعة قد وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع فى تفسيرها.

(٣) أنظر نقض ١٩٤٥/٥/١٧، مجموعة الخمسة وعشرين عاما، جـ ١، ص ٧٣٩، رقم ١٩٦، ١٩٧. وأنظر أيضا نقض ١٩٥٣/٣/٢٦، نفس المجموعة.

أرض الشفيع، أو يكون لأرض الشفيع حق إرتفاق على الأرض المبيعة. ولا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الإرتفاق فى كلتا الحالتين مقرراً فى الوقت نفسه لمصلحة أراضى أخرى[1]. ويقصد بالإرتفاق هنا حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، وبالتالى لا ينصرف إلى القيود القانونية الواردة على الملكية[2].

والحكمة من تقرير الشفعة فى هذه الصورة أن حق الإرتفاق الذى يشكل عبئاً ثقيلاً على الملكية يزول بجمع الأرضين اللتين يربط بينهما حق الإرتفاق فى يد واحدة[3]. ولذلك فإن إنقضاء حق الإرتفاق لأى سبب من الأسباب من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة فمثلاً إذا نزل المشترى عن حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة المشفوع فيها فإنه لم يعد هناك مبرر للشفيع فى الأخذ بالشفعة ولكن بشرط أن يكون هذا النزول قد تم شهرة[4] وأن يكون هذا النزول قد تم قبل إعلان الرغبة[5].

الصورة الثانية: إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ولا تقل قيمتها عن قدر معين لم يكتف المشرع هنا بمجرد التلاصق وإنما اشترط أن يكون هذا التلاصق من جهتين علاوة على أن تكون قيمة أرض الشفيع مساوية لنصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل وذلك ليتأكد من وجود صلة قوية للشفيع بالأرض المبيعة. ولنر بشئ من التفصيل هذين الشرطين:

---

(١) أنظر نقض ١٩٤٤/١٢/٢١، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الخمسة والعشرين عاماً، جـ ١، ص ٧٠٧.

(٢) أنظر حسن كيرة، فقرة ٣١٩، ص ٥٦٠، أنظر عكس ذلك السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٦، ص ٥٧٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٦، ص ٣٦٥ .

(٣) نقض ١٩٩١/٥/٢٩ س ٤٢ ص ١٢٣٩، زوال هذا الحق كلية ليس شرطاً من شروط الأخذ بالشفعة وقد استهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ربقة الإرتفاق ولو جزئياً بإجتماعهما فى يد واحدة وهو ما يتأدى إلى علاج أسباب النزاع عند تعدد الملاك.

(٤) نقض ١٩٥٥/١١/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٦، رقم ٢٠٤، ص ١٥٠١، ١٩٨٠/٥/٢٨، نفس المجموعة، س ٣١، رقم ٢٨٩، ص ١٥٤٥ .

(٥) السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٦، ص ٥٧٥، حسن كيرة، فقرة ٣١٩، ص ٥٦١، بعض الفقهاء يرى أن النزول يرتب أثره حتى ولو تم قبل رفع دعوى الشفعة، محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٣٦، ص ٢٢٨ - ٢٢٩، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٤٣، ص ٤٢٦. والبعض الآخر يرى أن هذا النزول يرتب أثره إذا تم قبل الحكم بالشفعة، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٧، ص ٣٣٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣، ص ٣١٩ .

الشرط الأول: ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين:

ويقصد بذلك أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المبيعة من حدين مختلفين من الحدود الأربع، الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب. ويستوى أن تكون الملاصقة فى حدين متجاورين كالشمال والشرق، والغرب والجنوب، أو غير متجاورين كالشرق والغرب، والشمال والجنوب ... وتكفى الملاصقة فى كل من الحدين فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد. ولكن لا يكفى التلاصق فى نقطتين من حد واحد. كما يجب أن تكون الشفعة بأرض واحدة تتحقق فيها الملاصقة من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة، وبالتالى لا تجوز الشفعة إذا كان التلاصق من جهتين للأرض المبيعة متحقق لقطعتين أرض منفصلتين مملوكتين للشفيع[1]. والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة[2].

الشرط الثانى: ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف ثمن الأرض المبيعة:

والغرض من اشتراط هذا الشرط هو الإستيثاق من جدية الشفيع وعدم إتخاذه الشفعة وسيلة للمضاربة[3].

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يشفع فيه بصرف النظر عن الثمن الذى كان هذا الشفيع قد اشتراها به. أما بالنسبة للأرض المبيعة فالعبرة بالثمن الذى بيعت به، لا بقيمتها؛ ولا عبرة لمساحة كل من الأرضين.

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة على الشيوع لعدة شركاء وطلبوا جميعاً الشفعة فإن العبرة بقيمة الأرض كلها. أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع فقط، فتكون العبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها.

---

(١) نقض ١٩٨٢/٣/٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، رقم ٥١، ص ٢٨٣.

(٢) نقض ١٩٤٤/١٢/٧، طعن رقم ٣١ سنة ١٤ق، ١٩٥٣/١٠/٢٢، طعن رقم ١٥٨ سنة ٢١ ق. مجموعة أحكام النقض، جـ ١، ص ٧٠٦، رقم ٦، ١٩٨٠/٤/١٥، س ٣١، ص ١١٣٢.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٢٠، ص ٥٦٢، وتتحقق هذه المضاربة عن طريق شراء قطع صغيرة من الأرض وسط أراض واسعة ثم الإنتظار حتى إذا ما أقدم بعض الملاك على بيع أراضى مجاورة لأرضهم الصغيرة فيهددون هؤلاء الملاك بأخذ الأرض المبيعة بالشفعة ويأخذون فى المساومة مقابل نزولهم عن حق الشفعة مقابل مبلغ من المال. أنظر السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٨٧، ص ٥٧٨.

ثانياً: تزاحم الشفعاء

تنص المادة ٩٣٧ مدنى مصرى على أنه "١- إذا تزاحم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة".

"٢- وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه".

"٣- فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين من طبقة أعلى".

وعلى ضوء هذه النصوص نجد أن التزاحم بين الشفعاء قد يأخذ صورة من ثلاث صور: ١- التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ٢- التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة. ٣- التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحد منهم. ولنعرض لهذه الصور بشئ من التفصيل:

الصورة الأولى: التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة:

المبدأ: تنص عليه المادة ٩٣٧/ ١ مدنى مصرى بقولها: "إذا تزاحم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة ٩٣٦ مدنى" وقد درسنا الشفعاء وفق هذا الترتيب أيضاً. وقد رتبت المادة ٩٣٦ مدنى الشفعاء طبقات خمس على الوجه الآتى: ١- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الإنتفاع الملابس لها. ٢- الشريك فى الشيوع فى الملكية أو غيرها إذا بيعت حصة شائعة فى العقار. ٣- صاحب حق الإنتفاع عندما يشفع فى الرقبة الملابسة. ٤- مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع فى الرقبة. ٥- الجار المالك عندما يشفع فى العقار المجاور سواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة.

وعلى ذلك إذا كان حق الإنتفاع شائعاً وباع أحد الشركاء حصة لأجنبى فإن التزاحم مقصور بين مالك الرقبة والشريك المشتاع فيه والجار الملاصق للعقار المقرر عليه حق الإنتفاع. فتطبيق المبدأ السابق يسفر عن تفضيل مالك الرقبة لأنه فى الطبقة الأولى من هؤلاء الشفعاء، ثم يليه الشريك فى الشيوع فى حق الإنتفاع وأخيراً الجار. وإذا كانت ملكية الرقبة شائعة وباع أحد الشركاء حصة لأجنبى وطلب الشفعة شريك آخر وصاحب حق الإنتفاع فضل الشريك.

وإذا كانت الملكية التامة شائعة وباع أحد الشركاء حصته وطلب الشفعة شريك آخر وجار فضل الشريك ... وهكذا.

الصورة الثانية: التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة:

المبدأ: "إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه" (م ٩٣٧/ ٢ مدنى مصرى).

تطبيق هذا المبدأ على الطبقات الأربع الأولى لا يثير أدنى صعوبة إذ يستحق كل منهم قدراً من العقار المشفوع فيه يوازى نصيبه مع مراعاة أنه فى حالة إنفراد كل شفيع بطلب الشفعة لنفسه مستقلاً عن غيره من الشفعاء فإنه يجب أن يطلب الأخذ بالشفعة فى كامل العقار المبيع طبقاً لما تقضى به قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة[1]. أما فى حالة اشتراك الشفعاء المتعددين فى طلب الشفعة معاً بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم فى أخذ العقار المبيع كله بالشفعة، إذ لا يكون هناك ثمة تبعيض للصفقة على المشترى أو تجزئة للشفعة. ولا يغير من ذلك أن يرد فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو فى صحيفة الدعوى ما يشير إلى إقتسام طالبى الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهم ولا أثر له على حقوق المشترى[2].

التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم:

وضع المشكلة:

إن المادة ٩٣٧/ ٢ مدنى تنص على أنه "إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه" هذه العبارة الأخيرة

---

(١) وقد أوضحت محكمة النقض ذلك بجلاء بقولها أن "من حق المشترى للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة، ولازم ذلك أن يشتمل طلب الشفعة على العين برمتها ولا يقتصر على جزء منها، وإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة وكانت هى الطبقة الأعلى التى يحق لها الأخذ بالشفعة، فإنه يجدر بكل شفيع منهم أن يطلب الشفعة فى كل العين المشفوع فيها درءً لإحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر أو ألا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق أحدهم فيها لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشترى، وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة" نقض ١٩٨٢/٣/٤ طعن ١٣٦٢، س ٤٨ ق. لم ينشر بعد ومشار إليه فى عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ١٣٣، ص ٢٠٨.

(٢) نقض ١٩٧٥/٦/١١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٢٠١، وأنظر فى تفصيل أكثر عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ١٣٣، ص ٢٠٨، ٢٠٩، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٩٧، ص ٦٠٣، ٦٠٤.

تدل على أن التزاحم بين الشفعاء يكون فى عقار واحد، وهذا لا ينطبق بطبيعة الحال إلا على الطبقات الأربع الأولى، أما التزاحم بين الجيران سيكون فى عدة عقارات حيث كل منهم يشفع بعقار مستقل عن عقار الآخر وبالتالى يصعب عملاً تقدير نصيب كل منهم بالنسبة للآخر.

ولذلك ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن نص المادة ٩٣٧/ ٢ مدنى مصرى لا ينطبق فى حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم وبالتالى يجب البحث عن حل لهذا التزاحم[1] ثم اختلف هؤلاء فيما بينهم على الحل الواجب الإتباع فى هذه الحالة فذهب البعض إلى الأخذ بالحكم الوارد فى قانون الشفعة السابق والذى كان يقضى بأن الشفعة، فى حالة تزاحم الجيران، تكون لمن تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره (م٧)[2]. وذهب البعض الآخر إلى وجوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة، ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم بالتساوى[3] وذهب بعض ثالث إلى وجوب الوصول إلى حكم لهذه الحالة عن طريق القياس إلى أقرب الحالات إليه وهى حالة التزاحم بين الشفعاء الآخرين المنصوص عليها فى المادة ٩٣٧/ ٢ مدنى ويؤدى هذا القياس أنه إذا تزاحم الجيران وجب أن يتوزع العقار المشفوع فيه عليهم بنسبة قيمة ما يشفع به كل منهم[4].

فى الواقع نحن نرى أن صيغة النص قد وردت من العموم بمكان بحيث تنتظم أيضاً حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم. ولا يقدح فى

---

(١) أنظر فى ذلك، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٥، ص ٤٣٧، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٧٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧، ص ٣٢٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٨، ص ٣٨٣، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٧، ص ٣٧٣، ٣٧٤، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٩٨، ص ٦٠٦، عبد الفتاح عبد الباقى، دروس فى الأموال، فقرة ٢٦٣، ص ٣٦٩.

(٢) وقد إختلف هؤلاء الفقهاء فيما بينهم فى تعليل هذا الرأى، فمنهم من استند إلى العرف، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٧٤، بينما يرده البعض الآخر إلى العدالة، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٨، ص ٣٨٤، ويرده بعض ثالث إلى العرف والعدالة، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٩٨، ص ٦٠٦.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧، ص ٣٢٩، لبيب شنب، فقرة ٩٤، ص ٩٣، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٥، بالرغم من أنه يرى أن المادة ٩٣٧/ ٢ مدنى تنظم التزاحم بين شفعاء الجوار.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٦٣، ص ٣٦٩.

ذلك تضمين المشروع التمهيدى للقانون الحالى نفس الحكم الوارد فى المادة السابعة من قانون الشفعة السابق طالما لم يرد ذات الحكم فى صلب التقنين نفسه[1]. وبالتالى إذا كان الجيران المتزاحمون يشفعون بعقار واحد يملكونه على الشيوع فيما بينهم فإنه ليس هناك ثمة صعوبة إذ يستحق كل منهم فى الشفعة بقدر نصيبه من الشيوع[2]. أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جار يشفع بعقار مستقل فإن تحديد نصيب كل منهم فى العقار المشفوع فيه يتم على أساس نسبة قيمة ما يشفع به كل منهم[3].

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى عدم إشتمال نص المادة ٩٣٧/ ٢ مدنى لحكم لفض التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم وذهب إلى وجوب الرجوع إلى القاعدة التى تضمنها قانون الشفعة السابق باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل والتى تفضل الجار الذى تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره من الجيران، وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى، كما أنه الحكم العادل عند سكوت النص[4].

الصورة الثالثة: التزاحم بين شفعاء يكون المشترى واحد منهم:

تنص المادة ٩٣٧/ ٣ مدنى على ما يلى: "فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

الفرض الذى يواجهه هذا النص: أن المشترى قد توافرت فيه هو نفسه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذى اشتراه ويتقدم شفيع أو

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣، هامش ١، ص ٣٦٩، شفيق شحاته، هامش ١، ص ٢٦٦، حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٧٠، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٤.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٧٠، ٥٧١، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٥.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٧١، بينما يذهب البعض إلى وجوب الأخذ بالمساواة الكاملة بين الجيران حسب الرؤوس فى هذه الحالة، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٥.

(٤) نقض ١٩٩١/٥/٢٨، مجلة القضاة، ص ٢٥، ع١، ١٩٩٢، ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥، مشار إليه فى حسن كيرة، فقرة ٣٢٣، ص ٥٦٨، هامش ١، وأنظر فى إنتقاد هذا التعليل نفس المؤلف، هامش ٢، ص ٥٦٩، وأنظر أيضاً إنتقاد هذا التعليل منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧، ص ٣٢٨، عزت حنورة، فقرة ١٣٥، ص ٢١٢ وما بعدها.

أكثر يطلب الأخذ بالشفعة من المشترى. فى هذه الحالة إذا كان من تقدم للأخذ من الشفعة أعلى منه طبقة فإن هذا الشفيع يفضل المشترى، أما إذا كان أدنى منه طبقة أو من طبقته فإن المشترى يفضل عنهم.

ويلاحظ أن هذا الحكم تمليه إعتبارات العدالة لأن المشترى إذا لم يتقدم للشراء كان له الحق الأخذ بالشفعة بصفته شفيعا وقت الشراء ولذلك فإن العدالة تقتضى ألا يكون فى مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقى الشفعاء، الذى من طبقته أو من طبقة أدنى، أخذ العقار منه بالشفعة. ومن أجل ذلك قرر المشرع هذا الحكم بالرغم من أن هذا الفرض لا يثير فكرة التزاحم بين الشفعاء بالمعنى الفنى[1]. ولذلك يكفى لقيام هذا الحكم توافر علته وقت الشراء، بمعنى أنه يكفى أن يتوافر فى المشترى شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء يتعلق به الحكم ولا يلزم إستمرارها بعد ذلك كما هو الشأن فى التزاحم بين الشفعاء.

وعلى ذلك إذا توافر للمشترى سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون، فإن النص يفرق بين ثلاث فروض:

الفرض الأول: الذى يزاحم المشترى شفيع أو شفعاء آخرون أدنى منه طبقة، يفضل المشترى على هؤلاء الشفعاء لكونهم أدنى منه طبقة وفقا للترتيب المنصوص عليه فى المادتين السابقتين. مثال ذلك أن يشترى مالك الرقبة حصة أحد الشريكين على الشيوع فى حق الإنتفاع فإذا تقدم للأخذ بالشفعة الشريك الآخر فى حق الإنتفاع، أو تقدم الجار للأخذ بها، فإن مالك الرقبة يفضل بصفته كمشترى توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء لأنه لو كان المشترى شخصا آخر غير مالك الرقبة، لكان مالك الرقبة نفسه شفيعا من الطبقة الأولى من الشفعاء، وكان يستطيع أن يأخذ نفس هذه الحصة بالشفعة لو زاحمه فى ذلك الشريك المشتاع فى حق الإنتفاع أو الجار ولذلك بقى له نفس هذا الحق عند شرائه لهذه الحصة لأن العدالة تقتضى ذلك.

---

(١) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤١، ص ٣٣٧، هامش ٢، وقارن السنهورى، جـ ٤، فقرة ١٩٩، ص ٦١٠، حيث يرى أن تقريب هذه الحالة من حالات تزاحم الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل.

الفرض الثانى: الذى يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقته، وواضح أن المشرع قد انحاز للمشترى فى هذا الفرض بالرغم من أنه فى مركز واحد مع باقى الشفعاء، ويبدو لنا أن المشرع قدر أنه قد توافر لديه صفتان فى نفس الوقت، صفته كمشترى وصفته كشفيع[1] مثال ذلك أن اشترى أحد الشركاء على الشيوع فى ملكية الرقبة حق الإنتفاع الملابس لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون فى الرقبة الشفعة فى هذا الحق، فضل عنهم الشريك المشترى. أو إذا باع شريك فى الشيوع حصته الشائعة فى العقار إلى أحد الجيران، فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون، فضل الجار المشترى.

الفرض الثالث: الذى يزاحم المشترى شفعاء آخرون من طبقة أعلى، تقدم عليه هؤلاء الشفعاء، مثال ذلك إذا باع شريك فى حق الإنتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر، وطلب فيها مالك الرقبة الشفعة، فضل هذا الأخير.

المطلب الثانى
شروط الشفعة

تمهيد وتقسيم:

لما كانت الشفعة حق إستثنائى وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدنى، هى القاعدة التى تقضى بألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، كل ذلك كان له إنعكاس واضح على شروط الشفعة وعلى الجزاء المترتب على تخلف هذه الشروط.

ولدراسة هذه الشروط يجب أن نبدأ بنقطة البداية فى مسلسل الشفعة، وهو التصرف المنشئ لحق الشفعة، أى التصرف المشفوع فيه، وللمال المشفوع فيه، ثم نعرض بعد ذلك للشفيع الذى نشأ له حق الأخذ بالشفعة، وعلى ذلك سنعرض لهذه الشروط على النحو التالى:

أولا: شروط التصرف المشفوع فيه.

ثانيا: شروط المال المشفوع فيه.

ثالثا: شروط الشفيع.

---

(١) وهذا حكم جديد أخذ به القانون المدنى الحالى على خلاف ما كان مستقرا عليه فى الفقه والقضاء أنظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٢٠٠، ص ٩١٢ وما بعدها.

ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولا: شروط التصرف المشفوع فيه

لا شفعة إلا في البيع:

يتضح من تعريف المشرع للشفعة ومن أحكامها أنها لا تجوز إلا فى بيع العقار. كما يجب أن يكون هذا البيع قائما وقت تمام الشفعة. وعلى ذلك سنعرض لانحصار نطاق الشفعة فى البيع، ثم نبين ضرورة وجود البيع إلى حين تمام الشفعة.

أ- انحصار نطاق الشفعة فى البيع

وطالما أن الشفعة قد انحصرت فى عقد البيع، لذلك يجب أن نستبعد ما عداه من تصرفات قانونية، وكذلك نستبعد البيوع التى لا تجوز فيها الشفعة، وأخيرا نبين الشروط الواجب توافرها فى هذا البيع.

١- استبعاد ما عداه من تصرفات قانونية:

يجب بادئ ذى بدء أن يقوم القاضى بتكييف التصرف القانونى المعروض أمامه ليتحقق من أنه عقد بيع طبقا لأحكام القانون المدنى؛ أى العقد الذى يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى (م ٤١٨ مدنى)(١). وبناء على ذلك فإن أى تصرف قانونى لا ينطبق عليه هذا التكييف لا يعتبر بيعا وبالتالى لا يجيز الأخذ بالشفعة. وبطبيعة الحال لابد أن يكون هذا البيع بيعا لعقار.

مقتضى ذلك لا تثبت الشفعة فى المقايضة، حيث أن الشفعة حكم استثنائى لا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه. كما أن طبيعة المقايضة تأبى الأخذ بالشفعة(٢) لكن إذا كانت المقايضة بمعدل فإن جواز أو عدم جواز الشفعة يتوقف على حسم طبيعة هذا العقد، وهذا يتوقف بدوره على الوزن النسبى لهذا المعدل، فإذا كان هو العنصر الغالب كان العقد بيعا، وبالتالى تجوز فيه الشفعة، إن لم يكن كذلك كان العقد مقايضة وامتنعت الشفعة.

---

(١) أنظر مؤلفنا فى العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٨، ص ٣٢٩.

ولا تثبت الشفعة فى التصرفات الناقلة طالما لم يثبت لها صفة عقد البيع، كالوفاء بمقابل، إذا قبل الدائن فى إستيفاء حقه عقارا استعاض به عن الشئ المستحق له. حيث أن هذا التصرف وإن كان يشبه البيع إلا أنه ليس بيعا لتخلف الثمن، كما أنه تصرف منهى للإلتزام. وكذلك تقديم عقار حصة فى شركة.

ولا تثبت الشفعة، من باب أولى فى التصرفات الكاشفة، كالقسمة[1] والصلح حتى ولو تم أى من العقدين بمعدل نقدى، كما لا تثبت فى التصرفات التبرعية، سواء كانت مضافة إلى ما بعد الموت، كالوصية، أم كانت منجزة كالهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغا من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوى قيمة العقار أو يكاد يساويها فيكون العقد فى حقيقته بيع ولو أنه سمى هبة.

٢- استبعاد البيوع التى لا يجوز فيها الشفعة:

إذا كان نطاق الشفعة منحصرا فى البيع على النحو السابق بيانه، إلا أن هناك بيوع لا تجوز الشفعة فيها استثناء، لذلك ينبغى أن نعرض لهذه البيوع حتى يتحدد لنا بوضوح نطاق الشفعة.

تنص المادة ٩٣٩/ ١ مدنى على أنه "لا يجوز الأخذ بالشفعة:

أ- إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون.

ب- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

جـ- إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة".

يضاف إلى ذلك أن هناك تشريعات خاصة نصت على عدم جواز الشفعة فى بيوع معينة. ولنعرض لذلك بشئ من التفصيل:

أولا: لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقا لإجراءات رسمها القانون: والعلة من هذا الإستثناء هى أن مثل هذه البيوع تسمح للشفيع وغيره أن يدخل فى المزاد. علاوة على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة

---

(١) نقض ١٩٦٠/١١/٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١١٦٤، حيث قضت المحكمة بأنه "إذا كان ما انتهى إليه الحكم من تكييف للمحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة، هو تكييف صحيح تؤدى إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على عدم أحقية الشريك المتقاسم من الأخذ بالشفعة، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، لذلك فإن منع الشفعة فى مثل هذه البيوع يهيئ هذه الفرصة ويجعل كل من يرغب فى العقار التقدم للمزايدة[1] ويشترط لمنع الشفعة فى هذه البيوع شرطان: ١- أن يتم البيع بطريق المزاد العلنى، فإذا لم يتم البيع على هذا النحو فإنه يجوز فيه الشفعة، كالبيع بطريق المظاريف المغلقة[2]. ٢- وأن يتم البيع بطريق المزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون. ويستوى أن تكون هذه الإجراءات هى الإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات أو فى أى قانون آخر. فإذا لم يتم البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون فإنه يجوز فيه الشفعة.

فإذا توافر فى البيع هذان الشرطان فإنه يستوى بعد ذلك فى أن يكون البيع جبرياً أو إختيارياً، ثم أمام القضاء أو أمام جهات الإدارة.

ثانياً: البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار إلى درجة معينة طبقاً لما تنص المادة ٩٣٩/ ب عليه

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد منع الشفعة فى هذه الحالة لأن البيع يقوم على إعتبار شخصى ملحوظ، فالصلة الوثيقة هى التى أدت إلى البيع على هذا النحو بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر. ومراعاة لهذه الإعتبارات امتنع الأخذ بالشفعة حتى لا يحل محل المشترى شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الإعتبارات. وقد عدد القانون على سبيل الحصر الفئات التى يمتنع الأخذ منها بالشفعة:

١- بيع الزوج لزوجته، أو بيع الزوجة لزوجها.

٢- بيع المالك لفروعه مهما نزلوا، أو لأصوله مهما علوا.

٣- بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة.

٤- بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

ثالثاً: لا تجوز الشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، كالمساجد والكنائس والمعابد. والإستثناء ينحصر فقط فيما يباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة فقط دون أن ينصرف إلى البيع لغرض من الأغراض العامة[3].

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٠، ص ٣٢٤، السنهورى، فقرة ١٧٤، ص ٥٣٣.
(٢) نقض ١٩٤٧/١١/٢٧، مجموعة عمر ٥، رقم ٢٣٥، ص ٤٩٠.
(٣) نقض ١٩٥٦/٥/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ٦٠٧.

كما يجب أن يكون العقار المبيع مخصص لإقامة الشعائر الدينية بالمعنى الحرفي للكلمة وما يلحق بها ويكون لازم لأدائها، أى أن الأعمال الخيرية الأخرى لا تبرر منع الشفعة، فإقامة العيادات والمدارس والمكتبات وغير ذلك مما يمكن أن يلحق بدور العبادة لا يمنع من الأخذ بالشفعة.

كما أن إلحاق مصلى أو مسجد بعقار معين لا يمنع من الأخذ بالشفعة فى هذا العقار ما دام أن الغرض الرئيسى للعقار هو لغير إقامة الشعائر الدينية. أما إذا كان العكس بحيث كان العقار مخصصا أصلا لإقامة شعائر دينية وألحق به مسكن للعاملين على إقامة هذه الشعائر فإنه لا تجوز الشفعة فى بيع هذا العقار.

رابعا: البيوع التى منعت تشريعات أخرى الأخذ بالشفعة فيها، من ذلك قانون الإصلاح الزراعى الذى نص على عدم جواز الأخذ بالشفعة فى الأراضى التى توزعها الدولة على صغار الفلاحين (م ٤/٩) وكذلك ما ينص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، من أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقارات التى تتصرف فيها الدولة طبقا لأحكام هذا القانون (م ٥٨/ ٢).

- وقد سار القضاء على هذا النهج حتى ولو لم يوجد نص، فنجده يمنع الأخذ بالشفعة فى البيوع التى تراعى فيها إعتبارات تتعلق بشخصية المشترى من ناحية وبمصالح عليا إجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى[1].

"كما أن البيوع التى تتم إلى شركة التأمين التابعة للمؤسسة العامة للتأمين بثمن حدد مقداره وكيفية دفعه بطريقة خاصة، طبقا للقرار رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالحراسات تعتبر تصرفات ذات طبيعة خاصة روعيت فيها إعتبارات تتعلق بشخص المتصرف إليه وبمصالح عليا اجتماعية واقتصادية ... وبالتالى لا تعتبر بيوعا عادية مما تجوز فيها الشفعة لأن تجويز الشفعة فيها يتنافى مع طبيعة تلك التصرفات ويفوت الأغراض المنشودة منها ... حتى ولو لم يرد نص صريح على منع الشفعة"[2].

---

(١) نقض ١٩٥٦/٢/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ٢٣٠.
(٢) نقض ١٩٦٩/٦/١٣، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٤٦.

وقد سبق أن رأينا أن الشفعة لا تجوز من مشتر توافرت فيه شروط الشفعة على النحو السابق بيانه.

٢- الشروط الواجب توافرها فى البيع المشفوع فيه:

إذا كانت الشفعة لا تجوز إلا فى البيع، فإنه يلزم التحقق من توافر شروط معينة فى هذا البيع حتى تجوز الشفعة فيه.

أ- يجب أن يكون للبيع وجود قانونى: وهذا شرط بديهى حيث أنه لا يفتح المجال للأخذ بالشفعة إلا إذا كان هناك بيع قائم وموجود، وعلى ذلك إذا كان البيع باطل بطلانا مطلقا فلا مجال للأخذ بالشفعة، حيث أن العقد الباطل عقد لا وجود له. على العكس من ذلك إذا كان البيع قابلا للإبطال، فإنه يجوز الأخذ بالشفعة فى هذا العقد، لأن العقد القابل للإبطال عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله وكذلك الأمر بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ[(١)].

كما أن التقايل فى البيع لا يعتبر بيعا جديدا يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأن التقايل فى البيع هو فسخ له بتراضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ومن شأنه فى قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة. وعلى ذلك فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة[(٢)] لكن التقايل الذى يتم بعد طلب الشفعة فلا أثر له على حق الشفيع، وإلا استطاع الطرفين إسقاط حق الشفعة بإرادتيهما كلما عن لهما ذلك.

---

(١) نقض ١٩٨٢/٣/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٧٨٦، وإن كانت المحكمة تخلط بين الشرط الفاسخ كوصف والذى يجعل حق الدائن مهددا بالزوال والشرط الفاسخ كجزاء لعدم تنفيذ الإلتزام المقابل فى العقد الملزم للجانبين.
أنظر فى هذه التفرقة مؤلفنا النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثانى، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣، ص ١٨٤.

(٢) نقض ١٩٥٤/٣/٢٥، مجموعة أحكام النقض، س ٥، ص ٦٦١، قارن السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٠، ص ٥٠٦، ٥٠٧، وهامش ٣. عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٢ ص ٤١٥. ونكتفى بالتعليق على هذا الرأى بأن المحكمة لا تقصد بالفسخ هنا بالمعنى الفنى الدقيق ولكنها تقصد به زوال الرابطة العقدية والتقايل من التصرفات المنهية لا المنشئة وبالتالى لا تجوز فيها الشفعة ما لم يتبين من قصد المتعاقدين خلاف ذلك

أما بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف يذهب الفقه فى مجموعة إلى إجازة الشفعة فيه[1]، وكذلك القضاء[2] على أساس أن البيع وإن كان غير نافذ إلا أنه موجود.

ب- يجب أن يكون البيع حقيقيا: على ذلك لا يكفى للأخذ بالشفعة أن يكون البيع موجودا من الناحية القانونية وإنما يلزم أن يكون البيع هو التصرف الحقيقى الذى قصد إليه المتعاقدان.

- إذا كان البيع مستورا بتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع، فإنه يجوز للشفيع أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا نجح فى إثبات أن العقد فى حقيقته بيع وليس هبة، جاز له أن يطالب الأخذ بالشفعة فى هذا العقد.

وهذا الفرض لا يثير مشكلة حيث أن الشفيع كان يسعى إلى إثبات صورية التصرف للإعتداد بالتصرف الحقيقى المعول عليه سواء فى العلاقة بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

- لكن إذا كان البيع يستر هبة، فيكون عقد البيع صوريا، فهل يجوز للشفيع التمسك بعقد البيع الصورى ليطلب الأخذ بالشفعة؟ الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على معرفة ما إذا كان الشفيع يعتبر من الغير فى خصوص الصورية أم لا؟ الفقه إزاء هذه المسألة منقسم[3]، فمن الفقهاء[4] من يرى أن الشفيع ليس من الغير فى الصورية، لأنه ليس دائناً ولا خلفاً خاصاً لأى من المتعاقدين طبقاً لنص المادة ١/٢٤٤ مدنى.

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٤، فقرة ٣٢٥، ص ٣٠٩، شفيق شحاته، فقرة ٢٦٤، ص ٤٧٤، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩، ص ٣٣٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٢، ص ٤١٢، ٤١٣، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٠، ص ٥٠٣، ٥٠٥، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٦، ص ٤١١، ٤١٢، أنظر عكس ذلك، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٦٣، ص ٤٥١، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٨٧، ٥٨٨.

(٢) نقض ١٩٤٧/٤/٣، مجموعة عمر، جـ ٥، رقم ١٨٢، ص ٣٩٥؛ ١٩٥١/١١/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣، ص ١١٧.

(٣) أنظر تفصيل ذلك مؤلفنا، أحكام الإلتزام، السابق الإشارة إليه، ص ١٤٧.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٣٧، ص ٣٢٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٣، ص ٤١٦، ٤١٧، السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٦٢١، ص ١٠٨٨ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ١٠٩٠، ص ١٠٩٤، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٦، ص ٤١٣ - ٤١٥، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٩٠.

وقد ذهب بحق بعض الفقهاء[1] إلى إعتبار الشفيع من الغير، على أساس أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه. وذلك لأن منطق الغير فى الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصورى واطمأن إليه معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقى فبنى عليه تعامله وهذا هو الرأى الذى استقر عليه القضاء[2] ويترتب على هذا الخلاف نتيجة فى غاية الأهمية، حيث طبقا للرأى الأول لا يجوز للشفيع التمسك بالعقد الظاهر الصورى وهو البيع، وإنما يجوز للمشترى أن يحتج عليه بالعقد الحقيقى المستور، الهبة، مما يحرمه بالتالى من الشفعة. بينما طبقا للرأى الثانى يجوز للشفيع باعتباره من الغير أن يتمسك بالعقد الصورى الظاهر وهو البيع متى كان حسن النية، وبالتالى يجوز له طلب الأخذ بالشفعة دون أن يستطيع المشترى الدفع فى مواجهته بالعقد الحقيقى المستور.

وإذا كانت الصورية لا تتناول إلا الثمن، فإن الموقف بالنسبة إلى الشفيع يختلف فيما إذا كان الثمن المذكور فى العقد أكبر من الثمن الحقيقى لإثناء الشفيع عن الأخذ بالشفعة كان للشفيع أن يثبت الثمن الحقيقى، فإذا نجح فى هذا الإثبات فإنه لا يلتزم إلا بدفع هذا الثمن. وله فى إثبات الثمن الحقيقى أن يلجأ إلى جميع طرق الإثبات لأنه ليس طرفا فى العقد المشفوع فيه.

أما إذا كان الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى، بقصد التهرب من رسوم التسجيل مثلا، ثم طالب الشفيع بالأخذ بالشفعة، فإنه لا يجوز لأى من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقى للإحتجاج به على الشفيع، حيث

---

(١) محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٥٨، ص ٤٤٤، ٤٤٥، إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثانى، أحكام الإلتزام، فقرة ٩٠، ص ٢٠٥، عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للإلتزامات، فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، أحكام الإلتزام، ١٩٧٣، فقرة ١٥٦، ص ١٨٠، أحمد سلامة، أحكام الإلتزام، فقرة ٥٨، مصطفى الجمال، فقرة ٣٠٤، عزت حنورة، فقرة ٧٤، ص ١١٩.

(٢) نقض ١٩٤٤/١١/٢٣، مجموعة عمر، جـ ٤، رقم ١٦١، ص ٤٥٣، نقض ١٩٥٢/٥/١٥، مجموعة أحكام النقض، س ٣، ص ١٠٦٣، ١٩٥٤/٣/٢٥، س ٥، ص ٦٣٥، ١٩٦٦/١٠/١٨، س ١٦، ص ١٣٨٤، ١٩٧٠/٤/١٤، س ٢١، ص ٦١٨، ١٩٧٥/٦/١١، س ٢٦، ص ١٢٠١، ١٩٧٩/١٢/١٢، س ٣٠، ص ٢٦١، ١٩٨١/٢/٢٦، الطعن رقم ٤٣١، سنة ٤٨ ق، ١٩٨٢/١٢/١١، الطعن رقم ٨٤٠، سنة ٤٩ ق، ١٩٨٤/١/٢٤، س ٣٥، ص ٢٨٤، ١٩٨٥/١/١٥، س ٢٦، ص ١١٩.

يعتبر الشفيع، وفقا لما هو مستقر عليه فقـها وقضـاء، مـن الغير فـى الصوريـة ومن ثم لا يجوز أن يحتج عليه إلا بالثمن المذكور فى العقد الظاهر.

نخلص مما تقدم أن الشفيع يعتبر، حسب الرأى الغالب فقها وقضاء، من طائفـة الغير فـى خصـوص الصوريـة **وبالتـالى يكـون لـه أن يتمسـك بـالعقد الحقيقى إذا كان محققـا لمصلحتـه**. ويكـون لـه إثبـات التصـرف الظـاهر بكافـة طرق الإثبات بما فى ذلك الشـهادة والقرائـن ولـو كـان التصـرف الظـاهر ثابتـا بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانونى للشهادة. والعلة فى ذلك أنه كـان يستحيل على الشفيع أن يحصل على سند كتـابى لإثبـات صوريـة عقـد لـم يكـن طرفا فيه ولذلـك يستطيع الشـفيع أن يثبـت بكـل طـرق الإثبـات صوريـة الثمـن المذكور فى العقد فيثبت أن الثمن الحقيقى أقل من الثمن الظاهر. كما له أن يثبت أيضا أن حقيقة العقد بيع وليس هبة. وهذا يتفق مع القاعدة العامة فى الصوريـة. وهى أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحقيقـة للمتعـاقدين. **كمـا يكـون لـه أن يتمسك بالعقد الصورى إذا كان محققا لمصلحته**. وتبرير ذلك أن مبدأ إستقرار المعـاملات يقتضـى إحترام الثقـة المشروعة فـى الوضـع الظـاهر. فقد أوجـد المتعاقدان فى العقد الصورى مظهرا كاذبا أعتمد عليه الغير واطمأن إليـه. فـهو لم يكن يستطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجـب حمايـة الغير بـأن يؤخـذ بالإرادة التى يمكـن التعـرف عليـها ولـو اختلفت عـن الإرادة الحقيقـة[1] **ولكـن يشترط حتى يستطيع الشفيع أن يتمسـك بـالعقد الظـاهر أن يكـون حسـن النيـة وقـت تعاملـه**، أى يجـهل وجـود العقـد المسـتتر فـى ذلـك الوقـت، وحسـن النيـة مفروض وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه. وإذا أشهر العقد المسـتتر فـلا يقبل من الشفيع أن يحتج بالجهل به بعد ذلك إذ أنه بشهره لم يعد مستترا[2].

جـ - يجب أن يكون البيع بيعـا صرفـا: يجب لجـواز الشـفعة أن يكـون البيـع الصادر إلى المشفوع منه بيعا خالصا لا تختلط به عقود أخـرى. ولذلـك لا يجـوز الأخـذ بالشـفعة إذا كـان البيـع قـد روعيـت فيـه اعتبـارات خاصـة تتعلـق

---

(١) إسماعيل غانم، الأحكام، فقرة ٩٢، ص ٢١١، وبصفة خاصة المراجع المشار إليها فى هامش ١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، أنور سلطان، أحكام الإلتزام، فقرة ٨١، ص ٧٠، ومع ذلك قارن السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٦٢٣، ص ١١٠٢، هامش ٢، عبـد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤، ص ٤٢١.

بشخص المشترى وتحقيق مصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية، ولذلك إذا كان البيع مقصورا على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة فى شرائها ومهما زايدوا على أثمانها، ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متراوحا بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه الإعتبارات السابقة[١].

د- يجب أن يكون البيع تاما: ينبغى أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وأصبح ملزما لطرفيه. وحيث أن الشفعة لا تكون إلا فى عقار فقد ساد فى هذا المجال وجود ما يسمى بالعقد الإبتدائى الذى يقوم فيه المتعاقدان بإثبات رضائها بالعقد وبشروطه إنتظارا إلى إعادة تحريره من جديد فى عقد نهائى يتمشى مع مقتضيات التسجيل[٢] وصفة العقد بأنها ابتدائى لا تنتقص من تمام العقد وبالتالى تجوز فيه الشفعة كما تجوز فى العقد النهائى[٣]، لأن العقد الابتدائى عقد كامل نهائى وأنه هو ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولا وأخيرا، فهو وصف لا يرد على العقد فى ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته من أن تجئ عليها، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى، فالعقد الابتدائى والعقد النهائى فى مجال البيع لا يعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجردا عن النعت والتخصيص. فاصطلاح "العقد الابتدائى" يعنى العقد فى صورته الأولية، قبل التسجيل، فى حين إصطلاح "العقد النهائى" يعنى ذات العقد، ولكن فى صورته النهائية التى تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل[٤].

---

(١) نقض ١٩٥٦/٢/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ٢٣٠، نقض ١٩٦٩/٦/١٢، س ٢٠، ص ٩٤٦، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦، س ٢٦، ص ١٢١٢، مشار إليه فى حسن كيرة، فقرة ٣٣١ ص ٥٩١ هامش ١، ١٩٩١/٥/٢٨، س ٤٢، ص ١٢٢١.
ويؤيد الفقه هذا الاتجاه، أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٨، ص ٣٣١، ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦١، ص ٤٠٩، ٤١٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٠، هامش ٢، ص ٤٩٤، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٧٣، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٩١.

(٢) نقض ١٩٤٦/١/١٦، مجموعة عمر، هـ ٥، رقم ١٢٨، ص ٢٨٢.

(٣) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩، ص ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤، ص ٤٢١، ٤٢٢، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٠، ص ٥٠٠ ـ ٥٠٢، حسن كيرة، فقرة ٣٣١، ص ٥٩١، ٥٩٢.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى، موسوعة القانون المدنى المصرى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، فقرة ٧٩، ص ١٦٧ وما بعدها.

كما لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مقترنا بالعربون، حيث أن هذا العقد متحقق له الوجود، وإن كان لكل من طرفيه حق العدول ما لم يكن متفقا على دلالة البتات.

الشفعة فى عقد البيع غير المسجل:

لا يشترط لجواز الشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلا[١]. فعقد بيع العقار ما زال عقدا رضائيا ينعقد بمجرد التراضى دون حاجة إلى أى شكل أو إجراء خاص. ويرتب عقد البيع جميع آثاره بمجرد إنعقاده فيما عدا نقل الملكية إذ يتوقف ذلك على تسجيل العقد. والتسجيل ليس ركنا فى البيع وإنما إجراء لاحق ولازم لترتيب الأثر العينى على عقد البيع وهو نقل الملكية، ولا يتوقف هذا الأثر على إرادة البائع وإنما يمكن اقتضاءه منه عينا عن طريق دعوى صحة التعاقد. علاوة على ذلك فإن أحكام الشفعة لم تتطلب لقيام حق الشفعة أن يكون المشترى قد تملك العقار المشفوع فيه بالرغم من اشتراط ذلك صراحة فى الشفيع. وهذا ما وضح عند مناقشة أعضاء اللجنة المكلفة بإعداد مشروع التقنين المدنى الحالى ورفضها الإقتراح الذى كان يتطلب تسجيل البيع المشفوع فيه للأخذ بالشفعة على خلاف ما هو مستقر عليه فقها وقضاء.

وعلى ذلك يكفى لقيام الحق فى الشفعة وقوع البيع الذى تجوز فيه الشفعة على النحو السابق بيانه. وهذا ما استقر عليه القضاء[٢]، وأيده الفقه فى مجموعه[٣].

كما لا يلزم أن يكون البيع المشفوع فيه ثابت التاريخ[٤] ومن ثم تجوز الشفعة فى عقد البيع العرفى غير ثابت التاريخ لكن لا يحتج بهذا التاريخ على

---

(١) نقض ١٩٧٠/١١/١٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١١٣٠، ١٩٨٥/٢/١٢، س ٣٦، ص ٢٠٩.

(٢) نقض ١٩٤٥/٢/١٥، مجموعة عمر، جـ ٢، رقم ٢٠٩، ص ٥٦٨، ١٩٥٤/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٥، ص ٥٣٠، ١٩٨٠/٢/١٢، ص ٣١، ص ٤٨١، ١٩٨٥/٢/١٢، ص ٣٦، ص ٢٥٩.

(٣) شفيق شحاته، فقرة ٢٦٥، ص ٢٧٥، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨١، منصور مصطفى منصور، الوسيط، جـ ٩، ص ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤، ص ٤٢١ وما بعدها، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧١، ص ٥١٠، وما بعدها، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٨١، ص ٣٨١، وما بعدها، جمال الدين زكى، فقرة ٢٢٧، ص ٤١٥ وما بعدها، حسن كيرة، فقرة ٣٣٢، ص ٥٩٣ وما بعدها. أنظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٦٩، ص ٤٥٨ وما بعدها.

(٤) نقض ١٩٥٤/٣/٤، مجموعة أحكام النقض، ص ٥، ص ٥٨٣، نقض ١٩٨٥/٢/١٢، ص ٣٦، ص ٢٥٩.

الغير. وعلى ذلك لا يعتبر تاريخ هذا البيع حجة على الشفيع، باعتباره من الغير، إلا إذا كان ثابتاً. بمعنى إذا كان التاريخ العرفى لعقد البيع سابقاً على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به فإنه لا يجوز الإحتجاج به عليه طالما أن هذا التاريخ غير ثابت[1].

ب- يجب أن يظل البيع قائماً إلى أن تتم الشفعة:

إذا كان يلزم أن يكون هناك بيع مما تجوز فيه الشفعة وأن يتوافر فى هذا البيع الشروط الواجب توافرها فيه على النحو السابق بيانه عند طلب الشفعة إلا أنه يلزم أيضاً أن يستمر هذا البيع قائماً من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة فالنتيجة النهائية فى الشفعة هى حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه، وهذا يستلزم عقلاً ومنطقاً بقاء العقد الذى يجب أن يتم فيه هذا الحلول.

وعلى ذلك إذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف فإن العقد المشفوع فيه يزول بأثر رجعى، فإذا كان ذلك قبل طلب الشفعة فإن الحق فى الأخذ بالشفعة يزول معه لتخلف شرط جوهرى وهو وجوب أن يكون البيع المشفوع فيه قائماً وقت طلب الأخذ بالشفعة.

أما إذا كان الزوال بعد إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فإنه يزول معه حق الشفيع، لتخلف شرط إستمرار البيع قائماً حتى تمام الشفعة. مع مراعاة أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ولو تخلف إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف، كالمدين فى الشرط الواقف والدائن فى الشرط الفاسخ، قد حال دون تحققه بفعله، كما يعتبر الشرط متخلفاً حكماً، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل من جانب الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق، كالدائن فى الشرط الواقف والمدين فى الشرط الفاسخ.

وكذلك الحال بالنسبة لانفساخ العقد المشفوع فيه بقوة القانون لاستحالة التنفيذ بقوة قاهرة، لكن إذا كان للبائع أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع المشترى للثمن قبل طلب الشفعة، فإن هذا الحق يفقد مبرره بعد إعلان الرغبة فى الشفعة حيث أن الشفيع سيقوم بإيداع الثمن. كما أن التقايل بعد طلب الشفعة لا يؤثر فى قيام حق الشفيع إذ لا يملك البائع والمشترى إسقاط الشفعة، بعدما نشأ الحق فيها بإرادتهما.

---

(1) عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٢٨، ص ٤٥٧، أنظر عكس ذلك الفقهاء الذين لا يعتبرون الشفيع من الغير السابق الإشارة إليهم فيما سبق.

لكن فى حالة ما إذا كان البيع المشفوع فيه مقترنا بعربون أو كان قابلا للإبطال لمصلحة البائع فإن إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة لا يحول دون إستعمال البائع لحق ثابت له بمقتضى الإتفاق أو القانون، ويترتب على إستعمال البائع لحقه زوال العقد المشفوع فيه وبالتالي زوال حق الشفيع فى الشفعة لتخلف شرط وجوب إستمرار البيع قائما إلى حين تمام الشفعة.

أما إذا كان عقد البيع المشفوع فيه قابلا للإبطال لمصلحة المشترى، فإن للمشترى الحق فى طلب الإبطال كما له الحق فى الإجازة، كما وقد يسقط هذا الحق بالتقادم. فإذا بادر المشترى وطالب بإبطال البيع المشفوع فيه قبل طلب الأخذ بالشفعة فإن هذا العقد يزول ويزول معه حق الأخذ بالشفعة. أما إذا كان الشفيع قد بادر فى طلب الأخذ بالشفعة قبل طلب المشترى إبطال العقد فإن إصرار المشترى بعد ذلك على طلب الإبطال ليس له ما يبرره لأن القصد من تقرير الإبطال لمصلحته هو حمايته عن طريق السماح له بالتخلص من العقد الضار بمصلحته وطلب الشفيع الأخذ بالشفعة سيحقق له نفس الغرض دون أدنى ضرر. ولذلك سيكون المشترى متعسفا فى إستعمال حقه فى طلب الإبطال ويحق للشفيع أن يطالب بالتعويض وخير تعويض فى هذه الحالة الحكم ببقاء العقد وحلول الشفيع فيه محل المشترى وخاصة وأن المشترى لن يضار من ذلك إذ نتيجة الشفعة سيخرج من هذه العلاقة كما كان يبغى من وراء طلب الإبطال.

وكذلك الحال عندما يكون البيع المشفوع فيه مقترنا بعربون، ولم يستعمل المشترى حقه فى العدول قبل طلب الشفيع الأخذ بالشفعة. إذ استعمال حق العدول من جانب المشترى بعد طلب الشفيع الأخذ بالشفعة لا يكون له ما يبرره وخاصة وأنه سيتحقق له غرضه فى التخلص من العقد عن طريق حلول الشفيع محله.

ثانيا: شروط المال المشفوع فيه

لا شفعة إلا فى عقار - وفى العقار كله:

هناك شرطان يجب توافرهما فى المال المبيع فيه: ١- يجب أن يكون المبيع عقارا. ٢- يجب أن تطلب الشفعة فى العقار كله، إذ المبدأ أن الشفعة لا تقبل التجزئة على النحو الذى سوف نراه.

١- يجب أن يكون المبيع المشفوع فيه عقارا:

لا شفعة إلا فى العقار، أمر مستفاد من تعريف الشفعة ذاته (م ٩٣٥ مدنى) وكذلك من جميع الأحكام المنظمة للشفعة. والشفعة لا تكون إلا فى البيع الذى يرد على عقار بوصفه عقارا. فإذا بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل، كما لو بيع البناء معد للهدم، فإن الشفعة لا تجوز فيه. كما أن الشفعة لا تجوز فى بيع العقار بالتخصيص إستقلالا عن العقار الأصلى. ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلى، فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته. وكما هو واضح فإن العقار الذى تجوز فيه الشفعة هو العقار بالطبيعة، وهو كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف (م ١٨٢/ ١ مدنى). ويستوى أن يكون هذا العقار أرضا أو بناء، ويستوى أن تكون أراضى معدة للبناء أو غير معدة للبناء مع تفصيل فى الأحكام بحسب السبب الموجب للشفعة.

كما أن الحق العينى الذى يقع على عقار يعتبر مالا عقاريا. ومن ثم تجوز الشفعة فى بيع أى حق عينى عقارى أصلى مما يجوز بيعه إستقلالا، كحق الإنتفاع، وملكية الرقبة وحق الحكر. أما المنقول فلا شفعة فيه وإنما استرداد إذا كان مملوكا على الشيوع، وكذلك فى المجموع من المال، إذا قام أحد الشركاء ببيع بالممارسة لحصة شائعة فيه لأجنبى (م ٨٣٣ مدنى مصرى). وحق الإسترداد فى المنقول وحق الشفعة فى العقار يتفقان فى علة تقريرهم فى مجال الشيوع، وهو منع دخول الأجنبى بين الشركاء فى الشيوع. لكن للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوع، فالشفعة تثبت للشريك فى الشيوع وغيره من الشفعاء على النحو السابق بيانه. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها فى الإسترداد. وحق الإسترداد يثبت فى بيع حصة شائعة فى مجموع من المال، كالتركة، والمتجر، وذلك لو اشتمل هذا المجموع على عقار باعتباره أحد عناصره. ولكن يجب تسجيل الإتفاق الذى يتم به الإسترداد أو الحكم الذى يصدر به حتى تنتقل ملكية الحصة الشائعة فى العقار من البائع إلى المسترد.

٢- عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

قد كانت المادة ٢/١٣٨٢ من المشروع التمهيدى للتقنين الحالى تنص على أن "والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ فى إستعماله" لكن لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ حذفت هذه

الفقرة، بسبب الخلاف حول توريث حق الشفعة أو تجزئته، وترك حكمها لاجتهاد القضاء[1].

والفقه مجمع والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة، كما أن هذا هو الحكم فى الفقه الإسلامى [2]. القاعدة إذن أن الشفعة لا تقبل التجزئة، بمعنى أن الشفيع يجب أن يشفع فى العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشترى.

وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن **محل تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة أن يكون المبيع عقارا واحدا أو عقارات متعددة متصلة، أى متلاصقة، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة بحيث أن إستعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الإنتفاع**"[3].

على ضوء ذلك يجب أن نفرق بصدد تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة بين عدة فروض:

الفرض الأول: أن يكون المبيع عقارا واحدا، فإن عدم قابلية الشفعة للتجزئة يعنى عدم جواز طلب الشفعة إلا بالنسبة للمبيع كله. فلا يجوز للشفيع أن يشفع فى جزء ويترك الجزء الآخر. وإذا تعدد الشفعاء وكان مقتضى التزاحم أن يقسم المبيع بينهم، فيجب أن يطلب كل منهم الشفعة فى العقار كله[4] فى الحالة التى تكون فيها الرقبة أو المنفعة أو الحكر لعدة أشخاص، بيع كل الرقبة أو المنفعة أو الحكر. جاز لأصحابه مجتمعين أن يأخذوا المبيع بالشفعة حيث يكون إستحقاق كل منهم على قدر نصيبه. أما إذا طلب الشفعة أحد هؤلاء وحده فلا يجوز له أن يشفع إلا فى القدر من المبيع الذى يلابس حقه، أى بقدر نصيبه فى الرقبة أو المنفعة أو الحكر. وهذا الحكم مقرر بالنسبة لمالك الرقبة والمنتفع فيجب تعميمه لإتحاد العلة فى تقرير الشفعة فى كل هذه الحالات، وهى جمع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٣٥٦.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٩، ص ٤٨٣ .

(٣) نقض ١٩٤٨/٥/١٣، مجموعة عمر ٥، رقم ٣١٠، ص ٦١٥، ١٩٦٥/١/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ٥٢، ١٩٧٩/٦/٧، س ٣٠، ع ٢، ص ٥٧٨.

(٤) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٣٨٢، ص ٣٧٩، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢١٧، ص ٣٩٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٢٣٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣١.

عناصر الملكية فى يد واحدة[1]. لكن تطبيق هذه القاعدة رهين بعدم تجزئة الشفعة، فإذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها أو فى ضوء الغرض المقصود منها فلا يحق لأحدهم طلب الشفعة لا فى القدر من المبيع الذى يلابس حقه حتى لا تتجزأ الصفقة[2]، ولا فى المبيع كله لأنه لا يتوافر فيه أسباب الشفعة إلا فى حصة منه[3].

الفرض الثانى: أن يكون المبيع عدة عقارات بيعت صفقة واحدة، أى بعقد واحد. يجب أن نفرق هنا بين حالتين.

الحالة الأولى: إذا كانت هذه العقارات منفصلة أى غير متلاصقة وليست مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة، فإن للشفيع أن يطلب منها ما توافرت له فيها أسباب الشفعة دون العقارات الأخرى[4] بل وله أن يختار من بينها ما يريد أخذه بالشفعة فلا يتحتم عليه أن يشفع فى كل ما توافرت فيه شروط الشفعة[5]. وإذا كانت العقارات المبيعة قد بيعت جميعا بثمن إجمالى، فيقدر ما يخص العقار أو العقارات المشفوع فيها من هذا الثمن بواسطة أهل الخبرة.

الحالة الثانية: إذا كانت العقارات المبيعة متصلة أى متلاصقة أو منفصلة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة بحيث يكون إستعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من إنتفاع[6]. كما لو كان الغرض هو تخصيص العقارات جميعا لإنتاج ما يحتاجه مصنع قائم بجوارها[7].

فى هذه الحالة إذا كانت شروط الشفعة متوفرة للشفيع بالنسبة لجميع العقارات فيجب إذا ما أراد أن يشفع فى الجميع حتى لا تتجزأ الصفقة

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣١.
(٢) قارن حسن كيرة، فقرة ٣٣، ص ٦٠٣، حيث يرى جواز ذلك، ص ٦٠٤.
(٣) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٣٩.
(٤) نقض ١٩٥٤/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٥، ص ٥٣٠، نقض ١٩٥٧/٤/٤، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ص ٢١٤.
(٥) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٤١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٤٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٢.
(٦) نقض ١٩٦٥/١/١٤ س ١٦، ص ٥٢، ١٩٧٩/٦/٧، س ٣٠، ص ٢، ص ٥٧٨.
(٧) نقض ١٩٤٨/٥/١٣، مجموعة عمر ٥، رقم ٣١٠، ص ٦١٥.

على المشترى. أما إذا توافرت شروط الشفعة فى بعضها ولم تتوافر فى البعض الآخر فلا تجوز الشفعة أصلا، إذ لا تجوز فى العقارات جميعا لأن من بينها ما لا تتوافر فيه شروط الشفعة، ولا تجوز فيما توافرت فيه الشروط وحده حتى لا تتجزأ الصفقة على المشترى[1].

بينما يذهب بعض الفقهاء[2] إلى أن الشفعة فى هذه الحالة تجوز فى العقارات التى تتوافر فيها شروط الشفعة، وبالنسبة لباقى العقارات يكون للمشترى أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة حتى لا تتجزأ عليه، وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات حتى ما لم تتوافر فيه الشروط، أو أن يتركها جميعا حتى ما توافرت فيه الشروط. ويعيب هذا الرأى أنه يخالف القواعد العامة حيث يوسع من نطاق الشفعة، إذ يمكن الشفيع من أن يحصل على عقارات لا تتوافر فيها شروط الشفعة[3].

إذا تضرر المشترى لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة إستغلالها وأظهر الشفيع استعداده لأخذ هذا الباقى رفعا للضرر عن المشترى فإن هذا لا يمنع من أن يتم الأخذ بالشفعة فى الجزء الذى يتوافر له فيه أسبابها وأن يتم أخذ الباقى بالتراضى لا بالشفعة[4].

الفرض الثالث: أن يكون المبيع عقارا واحدا بيع لعدة أشخاص، فى هذا الفرض يجب أن نفرق بين حالتين:

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٥٩، ص ٣٦٠، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٤١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٤١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٣.

(٢) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٣٩، ص ٣٨١، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٠٦، شفيق شحاته، فقرة ٢٦٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٩، ص ٤٨٩، عزت جنورة، فقرة ١١٠، ص ١٧١، ١٧٢.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٤، وقارن حسن كيرة، ٣٣٤، ص ٦٠٢، حيث يرى أنه إذا كان من شأن التجزئة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشترى، وهذا هو الغالب، فإن ذلك يمثل تعسفا فى إستعمال حق الشفعة لا يجوز. وقد يكون الجزاء المناسب على ذلك هو حرمان الشفيع من حقه، إن لم يحصل تراضى بين الشفيع والمشترى على أخذ الشفيع بالإتفاق، لا بالشفعة، العقارات المتبقية التى لا يتوافر له فيها سبب الشفعة.

(٤) نقض ١٩٥٧/٣/٧، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ص ٢١٤، ١٩٧٥/١١/٦، س ٢٦، ص ١٤٨٢.

الحالة الأولى: إذا كان البيع لعدة أشخاص على الشيوع، فقد كان قانون الشفعة السابق لا يجيز الشفعة إلا في العقار بتمامه (م ١١) وهذا ما يأخذ به غالبية الفقهاء[1] في ظل القانون المدني الحالي بالرغم من إلغاء هذا النص[2] ويذهب بعض الفقهاء إلى أن رأي غالبية الفقهاء لم يعد له سند تشريعي ولذلك يجب الأخذ بما كان يراه الفقه الإسلامي من جواز الشفعة في حصة أحد المشترين[3]. القضاء يذهب إلى أن "للشفيع إذا بيع جزء شائع في عقار لمشترين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين، ولا يكون في هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل[4]".

الحالة الثانية: إذا كان البيع لعدة أشخاص وكان لكل منهم حصة مفرزة فيه، فإننا نكون بصدد تعدد للصفقة وبالتالي يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للصفقة[5].

ثالثا: شروط الشفيع

حيث أن الشفعة بحسب مآلها ستتمخض عن حلول الشفيع محل المشتري في بيع عقار معين نتيجة لقيام سبب من أسباب الشفعة في جانبه. لذلك يجب أن يتوافر في هذا الشفيع ثلاث مجموعات من الشروط حتى يتحقق له أخذ العقار المبيع بالشفعة. ولنعرض لذلك بالتفصيل في الفقرات التالية:

أ- شروط أولية:

وهذه الشروط يجب أن تتوافر في الشفيع ابتداء حتى يحق له طلب الشفعة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

---

(١) محمد علي عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٩٦، ص ٣٨٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣، ص ٣٤١.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨، ص ٤٣٤، السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٩، ص ٤٨٦. قارن نقض ١٩٧٧/٣/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٦٤٦.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٣٤، ص ٦٠١.

(٤) نقض ١٩٧٩/٣/١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع١، ص ٦٧١.

(٥) نقض ١٩٨١/٢/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٦٧٧.

١- يجب أن يكون الشفيع شخص من أشخاص القانون:

وحيث أن الشفعة حق من الحقوق المالية لذلك فإنه يكون لكل من ثبتت له الشخصية القانونية صلاحية إكتساب هذا الحق. وبناء على ذلك فإن الحق في الشفعة يثبت للشخص الطبيعي وللشخص الاعتباري على السواء حيث أن حق الشفعة لا يعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعي.

ويستوي في الشخص الإعتباري أن يكون من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام[١].

٢- يجب أن يتوافر في الشفعة الأهلية الواجبة:

إذا كانت الشفعة ترتكز على آلية معينة، وهي حلول الشفيع في عقد البيع محل المشترى وبما يترتب على ذلك من آثار قانونية. لذلك فإنها تعتبر من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة لذلك ينبغي أن يتوافر في الشفيع أهلية التصرف[٢].

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. وإذا كان الأخذ بالشفعة سيتم عن طريق الوكالة فإن ذلك يقتضي وكالة خاصة، لأن الوكالة العامة لا تخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة.

أما إذا كان الأخذ بالشفعة عن طريق النائب القانوني، فإن للأب باعتباره وليا أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون حاجة إلى إستئذان المحكمة. أما إذا كان الولي هو الجد فإنه يلزم إذن المحكمة للأخذ بالشفعة. أما بالنسبة للوصي والقيم ووكيل الغائب فإنه يلزم دائما إستئذان المحكمة.

ب- شروط سلبية:

هذه الشروط يجب أن تتوافر في بعض الحالات؛ وذلك لأن المشرع قد تطلبها للإستجابة إلى إعتبارات معينة. وهذه الشروط تتمثل في شرطين:

---

(١) نقض ١٩٨٧/١/١٥، مجموعة أحكام النقض، س ٣٨، ص ١٢١، العبرة أن يكون للشخص الإعتباري شخصية قانونية مستقلة، أنظر حسن كيرة، فقرة ٣٢٦، ص ٥٧٤، ٥٧٥.

(٢) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٧٨، السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٩٠، ص ٥٨٩، حسن كيرة، فقرة ٣٢٦، ص ٥٧٥.

١ - يجب ألا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه: هذا الشرط تطلبته الشفعة بحسب مآلها، حيث أن الشفيع إذا ما أخذ بالشفعة، سواء بالتراضى أو التقاضى، فإنه سيحل محل المشترى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ولذلك ينبغى ألا يكون الشفيع ممنوعا بحكم القانون من شراء هذا العقار.

تطبيقا لذلك، نجد أن قانون الإصلاح الزراعى قرر عدم جواز تملك الفرد أو الأسرة ما يزيد عن الحد الأقصى للملكية المنصوص عليها فى قانون الإصلاح الزراعى (خمسون فدانا بالنسبة للفرد وعلى ألا تتجاوز ملكية الأسرة الواحدة مائة فدان من الأراضى الزراعية، المادة الأولى من قانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩. وفى الأراضى الصحراوية ٢٠٠ فدان للفرد إذا كان الرى بالطرق الحديثة من المياه الجوفية وللأسرة ٣٠٠ فدان، أما إذا كان الرى بأسلوب الرى السطحى ١٠٠ فدان للفرد و ١٥٠ للأسرة قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١) وقد قررت المادة ٣/١ من قانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ أن "كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز شهرة"[1] ويدخل فى أسباب كسب الملكية عن طريق التعاقد الشفعة، ولذلك لا يجوز للشخص أن يكون شفيعا إذا كان ذلك يؤدى إلى زيادة ملكيته عن الحد الأقصى[2] كما أنه بالنسبة للأجانب لا يجوز لهم تملك الأراضى الزراعية (م ١ قانون ١٥ لسنة ١٩٦٣) أما بالنسبة للأراضى الصحراوية فقد نظم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ الذى يجيز بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الوزراء معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين فى قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١، والقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١ وما تلى ذلك من قوانين متعلقة بملكية الأجانب لهذه الأراضى. بالنسبة للأرض الفضاء قد جاء قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ لتنظيم شروط وقيود وحدود تملك

---

(١) أنظر فى تفصيل مؤلفنا فى القانون الزراعى، ١٩٩٤، دار المعرفة الجامعية، ص ١٧٢ وما بعدها.

(٢) نقض مدنى ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ٨٨، ص ٧٩٨، ١٩٧٦/١٢/٩، س ٢٧، ص ١٧٣٣.

الأجانب لهذه الأراضى[1] ولذلك يجوز للأجانب طلب الشفعة فى الحدود وطبقا للشروط التى تسمح لهم بها هذه القوانين[2].

- ولا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشفع فى العقار الذى نيط به بيعه بموجب هذه النيابة أو التفويض لأنه يمتنع عليه شراء هذا العقار (م ٤٧٩ مدنى مصرى).

- كما لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشفعوا فى العقارات المعهود إليهم فى بيعها، وفى تقدير قيمتها لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذه العقارات (م ٤٨٠ مدنى مصرى)[3].

- لا يجوز للقضاة ولا أعضاء النيابة ولا المحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشفعوا فى الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى إختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائراتها لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذا الحق (م ٤٧١ مدنى مصرى)[4].

٢- يجب ألا يكون الشفيع وقفا:

تنص المادة ٩٣٩/ ٢ مدنى مصرى على أنه "لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة".

وهذا هو حكم الفقه الإسلامى، ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار[5].

وعلى ذلك فإذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف، فلا يجوز للوقف أن يشفع فيه على أساس الجوار. وكذلك إذا كان العقار الشائع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا يجوز للوقف أن يشفع فى الملك المبيع على أساس كونه شريكاً فى الشيوع.

---

(١) مؤلفنا السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٧٩/١/١٧، س ٣٠، ص ٢٣٧.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك للمؤلف العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٤) أنظر فى ذلك عبد المنعم البدراوى، فقرة ٤٢١، ص ٤٥١، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٧٨، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٦، ص ٣٢٤، ٣٢٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٣٥٤، ص ٣٩٩، حسن كيرة، فقرة ٣٦٥، ص ٦٤٠. وأنظر عكس ذلك محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٦٨، ص ٢٦٥، شفيق شحاته، فقرة ٣٥٥، ص ٢٦٨. وانظر فى نطاق أحكام هذا المنع مؤلفنا فى البيع السابق الإشارة إليه ص ١٣١ ومابعدها.

(٥) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٩٢، ص ٥٩٤.

لكن مما تجدر ملاحظته أن عقود الشراء التى يبرمها الوقف فى خصوص عقارات معينة تجوز الشفعة فيها. فالقاعدة تنحصر فى حالة ما إذا كان الوقف شفيعا فقط.

جـ- الشروط الإيجابية:

وهذه الشروط تتعلق بالشفيع من وقت توافر سبب من أسباب الشفعة فيه وإلى أن يتم الأخذ بالشفعة. فى هذه المرحلة يجب أن يتوافر شرطان:

١- يجب أن يتوفر للشفيع سبب الشفعة وقت صدور البيع:

لا يثبت للشفيع حق الشفعة إلا إذا توافر له سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، إذ العبرة بهذا الوقت لتوافر الشروط اللازمة لطلب الشفعة، والأمر يحتاج لتفصيل بحسب أسباب الشفعة المختلفة.

أ- إذا كان حق الشفيع ناشئا عن تصرف قانونى: فإنه يجب أن يكون هذا التصرف مسجلا قبل البيع المشفوع فيه. وذلك لأن الحق الذى يشفع الشفيع بموجبه يكون دائما حقا عينيا عقاريا، والتصرف لا ينقل هذا الحق إلا بالتسجيل. وبناء على ذلك إذا كان العقد الذى تلقى به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع المشفوع فيه، فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة[١] حتى ولو كان هذا العقد ثابت التاريخ قبل هذا البيع أو حتى لو قام بتسجيل عقده بعد ذلك، إذ أنه ليس للتسجيل أثر رجعى[٢].

ولا يغنى عن تسجيل عقد الشفيع أن تكون دعوى صحة هذا العقد قد سجلت صحيفتها وتأشيرة الشهر العقارى على صحيفة دعوى الشفعة[٣] ويجب

---

(١) نقض ١٩٤٦/٤/٤، مجموعة عمر، رقم ٥٨، ص ١٦٥، ١٩٤٨/٥/٢٠، نفس المجموعة رقم ٣١٤، ص ٦٢٨، ١٩٥٤/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٥، ص ٥٣٠، ١٩٧٣/١١/٢٤، س ٢٤، ص ٣٢٩، ١٩٧٨/٦/٢٧، س ٢٩، ص ١٥٧٠، ١٩٨١/١٢/٢٠، س ٣٢، ص ٢٣٤١، ١٩٨٣/٤/١٠، س ٣٤، ص ٩١٨، ١٩٨٥/١٢/٢٦، الطعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥٢ ق، ١٩٨٨/٦/٢٢، الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ ق.

(٢) ١٩٤٦/١١/٢١، مجموعة عمر ٥، رقم ١١٢، ص ٢٥٥، ١٩٥٠/١١/٢٣، مجموعة أحكام النقض، س ٢، ص ٧٤. بينما يذهب جانب من الفقه إلى أن للتسجيل أثر رجعى السنهورى، جـ ٤، فقرة ٢٨٣ ـ ٢٨٦، ص ٥١٩ ـ ٥٣٤، جـ ٩، فقرة ١٨٩، ص ٥٨٣.

(٣) نقض ١٩٥١/١١/٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣، ص ٣٢.

على المحكمة أن تتثبت من ملكية الشفيع مما يقدمه من أسناد مثبتة لملكيته ولا يغنى عن ذلك مجرد القول أن المحكمة ترى أن منازعة المشترى فى الملكية منازعة غير جدية وأن تسوق أسباباً تستدل بها عن عدم جدية المنازعة[1].

ويتعين على محكمة الموضوع أن تتثبت من تلقاء نفسها من اكتساب الشفيع ملكية العقار الذى يشفع به بأحد أسباب كسب الملكية المنصوص عليها قانوناً وقت قيام سبب الشفعة قبل أن تستجيب لطلبه أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة[2].

- ولا يكفى أن يكون عقد الشفيع مسجلاً قبل إنعقاد البيع المشفوع فيه فحسب، وإنما يلزم أن يكون لهذا التصرف وجوداً قانونياً وأن يكون تصرفاً حقيقياً صالحاً لتوليد هذا الحق قبل البيع المشفوع فيه حيث أن التسجيل لا يحصن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ولا يصححه، وكذلك العقد الصورى. كما أنه لا تجوز الشفعة إذا كان التصرف الناشئ عنه حق الشفيع معلقاً على شرط واقف. طالما لم يتحقق الشرط قبل البيع المشفوع فيه. أما إذا كان العقد المسجل قابلاً للإبطال أو معلقاً على شرط فاسخ فإن العقد موجود ومنتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله أو يتحقق الشرط الفاسخ ولذلك يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة ولكن بشرط ألا يزول حق الشفيع.

ب- إذا كان حق الشفيع ناشئاً عن واقعة قانونية: فإنه يلزم فى هذه الحالة أن يكون وجود الواقعة المنشئة لحق الشفيع قبل إنعقاد البيع المشفوع فيه.

وعلى ذلك فإذا كان الشفيع قد كسب الحق بالميراث، وجب أن تكون الوفاة سابقة على البيع حيث أن الوارث يتلقى حقه من تاريخ الوفاة دون حاجة إلى أى إجراء آخر. وبالتالى يجوز للوارث لعقارات التركة أن يشفع بها فور وفاة المورث ما دامت هذه الوفاة سابقة على البيع.

---

(١) نقض ١٩٥٧/٢/٧، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ص ١٤٣، ١٩٥٦/١٢/١٣، نفس المجموعة، س ٧، ص ٩٨٦، لا يعول فى إثبات ملكية الشفيع على ما يرد فى عقد المشترى من أن الأرض المبيعة محدودة بملك الشفيع.

(٢) نقض ١٩٨٩/٣/٣٠ الطعن رقم ١٠١٦ لسنة ٥٨ ق/ مجلة القضاء السنة ٢٥ العدد الثانى يوليو ديسمبر ١٩٩٢ ص ١٢٣.

وإذا كان حق الشفيع ناشئاً عن التقادم، فينبغى أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل البيع المشفوع فيه[1] طبقاً للاتجاه الحديث لمحكمة النقض لم يعد للمشترى الذى يقيم بناء فى الأرض التى اشتراها قبل تسجيلها حق طلب الشفعة على أساس أن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة ٩ من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل[2]. ولذلك ينبغى لكى يأخذ المشترى بالشفعة أن يكون قد سجل عقده قبل البيع المشفوع فيه، أما بائع العقار فإنه يجوز له قبل تسجيل عقد البيع أن يطلب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للعقار، لأنه يظل مالكاً رغم البيع إلى أن يتم التسجيل.

كما أنه لا يجوز للمستأجر الذى يقيم مبانى على العين المؤجرة أن يطلب بالشفعة العقار المبيع باعتباره جاراً مالكاً "لأن حقه على هذه المبانى لا يعدو أن يكون حقاً مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذا لا يكتسب عليها حقاً بوصفها مالاً ثابتاً إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جاراً مالكاً"[3].

٢- يجب أن يظل سبب الشفعة قائماً إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة:

لا يكفى لجواز الشفعة أن يتوافر للشفيع سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضاً أن يظل هذا السبب قائماً إلى أن يتم الأخذ

---

(١) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٢٦، ص ٢٥٦، محمد على عرفة، هـ ٢، فقرة ٢٧٨، ص ٤٧٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٤، ص ٣٢١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٥٢، ص ٣٩٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨٩، ص ٥٨٤، حسن كيرة، فقرة ٣٢٧، ص ٥٨٠، ويستلزم إلى جانب ذلك أن يكون التمسك به قد تم قبل هذا البيع وأنظر نقض ١٩٥٦/٢/٢، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ١٦٢، من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به ولا يكفى أن يكون حائزاً أو واضع اليد ينبة التملك دون أن يتم له التملك إذ مجرد حيازة الشفيع لا تغنى عن إثبات ملكيته". نقض ١٩٨٩/٢/٢٨ س ٤٠ ص ٦٨٤ حيث قضت المحكمة بأنه "إذا تمسك الشفيع بأنه اشترى العقار الذى يشفع به وحازه وأستوفت حيازته شرائطها المكسبة للملكية قبل البيع المشفوع فيه وجب على المحكمة التى تنظر طلب الشفعة أن تتحقق من توافر تلك الشرائط متى كان الشفيع لم يسجل سنده، لأن إكتساب الملكية بالتقادم يغنيه عن هذا التسجيل".

(٢) نقض ١٩٧٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٠٠٢، ١٩٧٩/١/٢٤ س ٣٠ هـ، ص ٣٥٧، ١٩٨٠/٤/٢٤ س ٣١، ص ١٢٠١، ١٩٨١/١/٢٨ س ٣٢ ص ٣٦٧، ١٩٨١/٢/٢٥ س ٣٢ ص ٦٣١، ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق.

(٣) نقض ١٩٧٠/١٠/٢٧، مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٠٩٧.

بالشفعة رضاءً أو قضاءً[1] ولا يهم بعد ذلك أن يزول سبب الشفعة ولو كان هذا الزوال بأثر رجعى.

وعلى ذلك إذا زال حق الشفيع أو تخلف شرط لازم لثبوت الشفعة فى الفترة بين إنعقاد البيع وتمام الأخذ بالشفعة فقد الشفيع حقه فى الشفعة. فإذ تصرف الشفيع فى حقه بنقله إلى غيره[2] قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها. كذلك إذا كان جاراً مالكاً على الشيوع ثم تمت القسمة أثناء نظر دعوى الشفعة فاختص الشفيع بجزء من الأرض التى يشفع بها لا يتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة سقط حقه فى الشفعة لزوال سببها. أما إذا تم الحكم له بالشفعة قبل إجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا أثر للقسمة على حق الشفيع.

وكذلك إذا حكم بإبطال عقد شراء الشفيع المسجل قبل البيع المشفوع فيه أو إذا تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه قبل ثبوت الشفعة للشفيع باتفاق أو بقضاء سقط حق الشفيع أما إذا حكم بالإبطال أو تحقق الشرط بعد الحكم له بالشفعة أو الإتفاق عليها فلا أثر لزوال حق الشفيع حتى ولو كان هذا الزوال بأثر رجعى.

وإذا كان الشفيع جاراً مالكاً وطلب الشفعة، ثم زال الجوار أثناء نظر دعوى الشفعة، كما لو أنشئ طريق أو مصرف عام ففصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق فى الشفعة، أما إذا تم ذلك بعد الحكم بالشفعة فلا أثر له على حق الشفيع.

المبحث الثانى
إجراءات الشفعة

فلسفة إجراءات الشفعة

إذا توفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة حق له أن يطلب الأخذ بالشفعة. فإذا ما استجاب المشترى لهذا الطلب فإن الشفيع يتملك العقار بالتراضى دون

---

(١) قارن حسن كيرة، فقرة ٣٢٨، ص ٥٨٠، ٥٨١، حيث يرى أن ثبوت الشفعة يتحدد بوقت حلول الشفيع محل المشترى، وهذا الحلول أثر مباشرة للإرادة المنفردة للشفيع فى الأخذ بالشفعة، مما يجعل ثبوتها ووقتها مرتهنين بإعلان الشفيع رغبته فى ذلك وبوقت هذا الإعلان.

(٢) بأن يكون قد تم التسجيل حتى ينتقل الحق إلى الغير.

حاجة إلى أى إجراءات قضائية. لكن قد لا يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة أو قد لا يسلم المشترى بالشفعة فيظل الحق فى الشفعة قائماً مع أنه حق إستثنائى يخل بحق المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد. لذلك رسم المشرع للبائع والمشترى طريقاً ليحسما به الأمر وهو توجيه إنذار إلى الشفيع لتبدأ من بعده سلسلة إجراءات يجب أن تتم خلال مواعيد محددة وقصيرة إن لم تراع هذه الإجراءات خلال تلك المواعيد سقط الحق فى الشفعة وذلك حتى تستقر الأوضاع ويتبدد عدم الإستقرار بصفة نهائية.

فقد أوجب المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الموجه من أيهما إليه وإلا سقط الحق فى الشفعة، على إعتبار أن هذا الإنذار هو الذى يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع. فإذا لم يقم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع بحصول البيع أو إذا وقع هذا الإنذار باطلاً فإن المشرع قد هيأ للمشترى سبيلاً ميسراً ليطمئن معه إلى سقوط الحق فى الشفعة فنص فى الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ مدنى على حق الشفعة يسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وبذلك افترض المشرع إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشترى. ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع فى هذه الحالة ليس إلا علماً إفتراضياً فقد أطال المدة التى يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل، فإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى قبل إنقضائها فقد حفظ حقه من السقوط وتعين عليه إتباع باقى الإجراءات، المنصوص عليها فى المادة ٩٤٢، ٩٤٣ مدنى[1] وهى إيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان ثم يعقب ذلك مباشرة، فى خلال نفس المدة، رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام ذات المحكمة ويقوم أيضاً بقيد الدعوى فى الجدول وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة. ويحكم فى هذه الدعوى على وجه السرعة حتى تستقر الأوضاع. فإذا ما صدر حكم نهائى فى الدعوى بثبوت الشفعة فإن هذا الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع وعليه أن يقوم بتسجيله.

---

(١) نقض ١٩٦٩/١٢/٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١٣٥٠.

وبذلك يكون القانون قد وضع نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليها فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة بعضها ببعض إرتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب إتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة[١].

هذه هى مجمل الإجراءات الواجبة الإتباع للأخذ بالشفعة. ولكن هذا الإجمال لا يغنى عن التفصيل. ولذلك سنعرض أولاً للبداية المحتملة للإجراءات، الإنذار، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات فى مراحلها المتوالية، فندرس فى مرحلة أولى، إعلان الرغبة وتسجيله، وفى المرحلة الثانية إيداع الثمن، وفى المرحلة الثالثة والأخيرة رفع الدعوى وقيدها.

البداية المحتملة للإجراءات - الإنذار:

وسنعرض هنا للغاية من هذا الإجراء ودوره، ثم لغرضه ونقف على طبيعته، ثم نحدد بياناته وأهميتها:

١- الغاية من الإنذار ودوره:

بادئ ذى بدء يجب أن نبين أن هذا الإنذار وسيلة لكل من المشترى أو البائع للتبكير بحسم الموقف فى مواجهة الشفيع[٢] والقصد منه إثبات علم الشفيع بوقوع البيع بطريقة يقينية وبالتالى إجباره على الولوج إلى إجراءات الشفعة وترقب خطواته فيها إذ قد يغفل عن إتباع إجراء أو عدم إتخاذه فى الميعاد المحدد فيسقط حقه فى الشفعة. ولم يقصد المشرع من هذا الإجراء تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه - إذ له أن يبادر بإعلان رغبته قبل الإنذار[٣] - أو أن يجعل منه إجراء حتميا يتوقف على إتخاذه صحة إعلان الرغبة، وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر لسقوط حق الشفيع إذا قام المشترى أو البائع بهذا الإنذار[٤].

---

(١) نقض ١٩٨٦/٥/٨ س ٣٧ ص ٥٣٤.
(٢) وليس فى توجيه الإنذار أي معنى لإقرار موجهه بحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، نقض ١٩٨٤/٣/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥، ص ٦٧٩، ١٩٨٥/١/٢٠، س ٣٦، ص ١٣٣، فهو مجرد تنبيه إلى إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة إذا تحققت شروطها مشار إليهما فى حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦٠٩، هامش ١.
(٣) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ١٥٩٤، نقض ١٩٨١/٣/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٨٧٦، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٨، ولكن على الشفيع إلتزام باقى المواعيد.
(٤) ١٩٨١/٣/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٧٣٨.

٢- تعريفه وطبيعته:

الإنذار ورقة من أوراق المحضرين يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات. فالإنذار ورقة من أوراق المحضرين يقوم البائع أو المشترى بتوجيهه إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع وإلزامه بإتخاذ باقى إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها فى القانون المدنى.

فيترتب على الإنذار أن يقوم الشفيع بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠ مدنى).

يتضح من ذلك أن المشرع لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشترى والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدءً لإفتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء الرغبة خلالها. أما التراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة فهو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الشفعة[1].

٣- بياناته وجزاء تخلفها:

تنص المادة ٩٤٠ مدنى مصرى على أنه "يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً:

أ- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

ب- بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع، واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه.

ويتضح من هذا النص أن البيانات التى استلزمها المشرع فى الإنذار تهدف إلى جعل الشفيع يعلم علماً شاملاً بأركان البيع الجوهرية لكى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه[2].

---

(١) نقض ١٤/٥/١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٤٢٦.
(٢) نقض ٢١/٢/١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ٥٨٣.

وكفاية البيان فى شأن تعريف الشفيع بالعقار تعريفاً نافياً للجهالة[1]. تعتبر مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع بما له من سلطة تقديرية ودون رقابة من محكمة النقض، طالما أنه أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه[2].

علاوة على ذلك يجب أن تكون هذه البيانات واضحة لا إبهام فيها ولا غموض، وبالتالى فإن عدم وضوح شرط منها يستوى وعدم إشتمال الإنذار عليه فيترتب عليه بطلان الإنذار الموجه إلى الشفيع فلا ينفتح ميعاد الخمسة عشر يوماً المسقط لحقه فى الأخذ بالشفعة"[3].

ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لعلم المشترى بوقوع البيع وهو ذلك الإنذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات وبالتالى لا مجال للإعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التى حددها القانون[4] اللهم إلا إذا لم يتم الإنذار فيفترض علم الشفيع بوقوع البيع من يوم تسجيل المشترى لعقده[5].

وإذا لم يتم الإنذار فقد لا يتسنى للشفيع العلم الكافى ببيانات البائع والمشترى واللذين سيوجه إليهما إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خلال الأربعة أشهر التالية ليوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨/ ب مدنى) ولذلك قضت محكمة النقض "أن الشفيعة لا تسأل عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين"[6]. وبذلك تتجلى أهمية الإنذار أكثر فأكثر.

ولذلك رتب القانون على تخلف أحد البيانات السابقة بطلان الإنذار، فالهدف من الإنذار هو إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه لإتاحة الفرصة له

---

(١) وقد كان النص المقابل فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى (م ١٣٨٩) ينص على "بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً، مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته" وذلك على غرار نص المادة ٢١ من قانون الشفعة السابق. ولكن لجنة المراجعة قد حذفت هذه التفصيلات باعتبار أنه لا حاجة لها (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٤١٧، ٤١٨).

(٢) نقض ١٩٥٠/١/١٢ مجموعة أحكام النقض س ١ ص ١٧٤.

(٣) نقض ١٩٩٣/٦/٨ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥٩ق، مجلة القضاة، السنة ٢٧ العدد الأول يناير - يونيه ١٩٩٤ ص ٥٦٦.

(٤) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٨٣.

(٥) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ١٣٥٠، ١٩٨٠/٢/٢١، السابق الإشارة إليه.

(٦) نقض ١٩٨٠/٢/٢١ السابق الإشارة إليه.

لإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة إن شاء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه، فإن خلا الإنذار من بيان موطن البائعة مثلا، فإنه يقع باطلا ولا **تنفتح به المواعيد التى يتحتم خلالها على الشفيع إبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة**[1]. لكن لا يترتب البطلان فى حالة ما إذا كان البيان الذى لم يتم ذكره لا يتعلق بالشروط الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها، مثال ذلك أن الإنذار الموجه من المشترين إلى الشفيع لم يشتمل على بيان حصة كل مشتر فى بيع على الشيوع، حيث أن هذا البيان لا ينفع الشفيع فى تقديره لموقفه من حيث الأخذ بالشفعة أو تركها، ذلك أنه لا يجوز له فى جميع الأحوال إلا أن يشفع فى العقار المبيع كله، وكذلك عدم إشتماله على بيان محل إقامتهم والإكتفاء بذكر موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه[2].

ويجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء فى حالة تعددهم. وفى الحالة الأخيرة يجب أن يوجه الإنذار إليهم جميعا على إختلاف طبقاتهم فى ترتيب الشفعاء دون الإكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى، وذلك لاحتمال ألا يرغب أحد منهم فى الأخذ بالشفعة مما يفتح الشفعة لمن هم أدنى منهم فى الطبقة[3]. وإغفال إنذار أى من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلا فلا ينفتح به إجراءات الشفعة. وينبغى أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء فى موطن كل منهم[4].

المرحلة الأولى

إعلان الرغبة وتسجيلها

إجراءات الشفعة الحقيقية تبدأ بإعلان الرغبة، حيث أن الإنذار قد يتم وقد لا يتم. كما لا يقصد المشرع من هذا الإنذار تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه إذ له أن يبادر بإعلان الرغبة قبل الإنذار - أو أن

---

(١) نقض ١٩٨١/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٥٤٩.

(٢) نقض ١٩٧٧/٣/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٦٤٦، ومن ذلك أيضا عدم ذكر شرط منح المشترى أجلا فى الوفاء ببعض الثمن. لأنه ملزم فى جميع الأحوال بإيداع كل الثمن الحقيقى خلال الميعاد المنصوص عليه نقض ١٩٦٣/١١/٧، ص ١٤، ص ١٠١١.

(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٠٤، ص ٦٢٥، حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦٠٩.

(٤) حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦١٠.

يجعل منه إجراء حتميا يتوقف على إتخاذه صحة إعلان الرغبة، وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر لسقوط حق الشفيع إذا فرض وأن قام المشترى أو البائع بهذا الإنذار[1]. فلم يستلزم المشرع في إعلان الرغبة فى أن يكون حاصلا بعد الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى[2].

ولدراسة إعلان الرغبة باعتباره من أهم إجراءات الشفعة يجب أولا أن نتعرف عليه ونبين أثره، ثم بعد ذلك نبين كيف يتم وميعاده، وأخيرا تسجيل هذا الإعلان وأثره، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتوالى البيوع.

أولا: التعريف به وأثره

اشترط القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسميا وإلا كان باطلا (م ٩٤٢/ ١ مدنى).

- وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات[3] وعندما يحدد القانون طريقة خاصة للإعلان، وهو الإعلان الرسمى على يد محضر، فإنه لا مجال للإعتداد بأية وسيلة أخرى.

- وإعلان الرغبة يتم إلى كل من البائع والمشترى. فإن لم يتم على هذا النحو سقط الحق فى الشفعة. والحكمة من ذلك واضحة حيث أن كل هذه الإجراءات بحسب مآلها ستنتهى بحلول الشفيع محل المشترى فى العقد الذى يربطه بالبائع. ولذلك كان طبيعيا أن يستلزم القانون إعلان الرغبة إلى كل من المشترى والبائع، وأن إعلان الرغبة لأحدهم لا يغنى عن إعلانها للآخر. ولا يلزم أن تعلن الرغبة إلى البائع والمشترى فى نفس الوقت المهم أن يتم إعلانها

---

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦، مجموعة أحكام النق، س ١٩، ص ١٥٩٤. نقض ١٩٨١/٢/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٨٣٨.

(٢) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦، السابق الإشارة إليه، ١٩٨١/٣/١٣، س ٣٢، ص ٨٧٦، نقض ١٩٨٢/١١/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ١٠٣٩.

(٣) نقض ١٩٧٧/٣/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٧٠٥.
ويلاحظ أن بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدى ببطلان إعلان الرغبة فى الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض، نقض ١٩٨٢/٦/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٨٢٧.

فى خلال الميعاد إلى كل منهما سواء كان هذا الإعلان متعاصرا أو متعاقبا. ويجب مراعاة هذه القاعدة أيضا عند تعدد البائعين أو المشترى أو عند تعددهم معا. ويتم إعلان الرغبة فى موطن البائع والمشترى.

- ولم يذكر المشرع البيانات الواجب توافرها فى إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار. ولكن يمكن أن يبرر ذلك بأن إعلان الرغبة الذى يعقب الإنذار سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه. فإن لم يكن هناك إنذار سابق لإعلان الرغبة فإن الشفيع يستطيع أن يستمد المعلومات اللازمة من الشهر العقارى عندما يكون عقد البيع مسجلا. ولكن الصعوبة يمكن أن تثور عند إعلانه عن الرغبة ولم يكن هناك إنذار أو تسجيل سابق فإن هذا سيلقى عليه عبء التقصى عن البيانات اللازمة للإعلان، ومحكمة النقض قد قضت بأن "الشفيعة لا تسأل عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين"[1].

- وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين، يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات. ولا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (م ١/٢٠ من قانون المرافعات) كما أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام. ولذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان من الثابت أن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الأخير بتاريخ ١٩٧١/١٠/٢٠ فى محل تجارته وليس فى موطنه فرد عليه بإعلان وجهه إليهما فى ١٩٧١/١١/٣ أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها وعرض على الطاعنين الحلول محله فى عقد البيع بالثمن الحقيقى والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأى إعتراض أو تحفظ فى شأن بطلان إعلان الرغبة مما يدل على تحقق الغاية التى يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما إعتراه من بطلان نسبى شرع لمصلحته. فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ٥٨٣.

فـى الشـفعة لبطـلان إعـلان الرغبـة فيـها يكـون قـد خـالف القـانون وأخطـأ فـى تطبيقه"[1].

كمـا أن بطـلان إجـراءات الإعـلان لا تتصـل بـالنظـام العـام فـلا يجـوز للطاعنين التحـدى ببطـلان إعـلان الرغبـة فـى الشـفعة لأول مـرة أمـام محكمـة النقض[2].

لكن فيما وراء ذلك فإن أى مخالفة لأحكام إعلان الرغبة يـترتب عليـها سقوط الحق فى الشفعة. وهذا السقوط متعلق بالنظام العام يجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى، وتحكم المحكمـة بـه مـن تلقـاء نفسـها إذا لـم يحصـل تمسك به حتى إذا نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه[3].

- إذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة على النحو السابق بيانه، ولم يعقب ذلك بالإجراءات التالية لذلك، كان لم يـودع الثمـن خزانـة المحكمـة أو لـم يرفع الدعوى فى الميعاد القانونى سقط حقه فى الشفعة. ولكن يجـوز للشـفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلـن رغبتـه فـى الأخـذ بـها، وذلـك مـا لـم يقبـل المشترى طلب الشفيع أو يسلم له بالشفعة ويخطره بهذا القبول حيث يكون هناك تعاقد صريح لا يجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد[4].

ثانيا: كيف يتم وميعاده

وهنا سنعرض كيف يتم إعلان الرغبة، ثم بعد ذلـك نبيـن الميعـاد الـذى يجب أن يتم خلاله.

١- كيف يتم إعلان الرغبة:

وسنعرض هنا لما جرى عليه العمل وموقف القضاء منه.

أ- المبادرة بإعلان الرغبة قبل الإنذار:

سبق أن رأينا أن للشفيع أن يبـادر بـإعلان رغبتـه بمجـرد علمـه بـالبيع دون إنتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس فى القانون مـا يمنعـه مـن ذلـك[5] وهـذا

---

(١) نقض ١٩٧٧/٣/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ٧٠٥.
(٢) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٨٢٧.
(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٠٥، ص ٦٤٤، هامش ٢، حسن كيرة، فقرة ٦٤١، ص ٦١٤.
(٤) أنظر محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٤١٧، ص ٦٣١.
(٥) نقض ١٩٨٢/٦/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، ص ١٥٩٤، ١٩٨١/٣/١٢، س ٣٢، ص ٨٧٦، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٨.

الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوما الذى أوجب القانون أن يتم فى خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة. وذلك لأن المشرع قد نص فى المادة ٢/٩٤٢ وفى المادة ٩٤٣ من القانون المدنى على سريان ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة الوارد ذكره فى المادة ٩٤٢/ ١ ولم يعلق سريانه على إنقضاء ميعاد الخمسة عشرة يوما الواردة فى المادة ٩٤٠ وكل ما اشترطه القانون فى هذا الإعلان هو أن يكون رسميا وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشترى ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلا بعد الإنذار الذين يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع(١).

ب- إعلان الشفيع رغبته فى ذات إعلان صحيفة دعوى الشفعة:

إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسميا، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة، ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة(٢).

وعلى ذلك يصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأسا على كل من البائع والمشترى إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى فى هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلا فى الميعاد القانونى(٣).

٢- ميعاد إعلان الرغبة:

وهذا الميعاد يختلف بحسب ما إذا كان هناك إنذار أم لا، وفى حالة ما إذا كان عقد البيع مسجل أم لا، ولذلك سنعرض لهذه الحالات.

---

(١) نقض ١٩٨١/٣/١٧، السابق الإشارة إليه.
(٢) نقض ١٩٧٠/١٢/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١٢٢٧.
(٣) نقض ١٩٨٢/٥/٢٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٥٧٣، نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩، س ٣٤، ص ٢٠٠٠. أنظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٠، السنهورى، هـ ٩، فقرة ٢٠٤، ص ٦٢٧، فقرة ٢٠٥، ص ٦٣٢، وقارن حسن كيرة حيث يرى أنه فى ظل قانون المرافعات الجديدة أنه أصبح من المتعذر، إن لم يكن من المستحيل – الإستغناء عن إعلان الرغبة بإعلان صحيفتها فقرة ٣٣٩، ص ٦٠٧، هامش ١.

أ- فى حالة ما إذا كان هناك إنذار:

يجب على الشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع المشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط الحق فى الشفعة (م ٩٤٠ مدنى).

وأراد المشرع بهذا الإنذار الرسمى أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدء لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدء لإفتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء الرغبة خلالها[1] فهذا الإنذار هو الذى يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع[2].

وتحسب مدة الخمسة عشر يوما من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله إذ بذلك يتحقق علم الشفيع بوقوع البيع. وهذا الميعاد ناقص أى يجب أن يتم إعلان الرغبة خلاله، أى قبل أن ينقضى، والعبرة فى ذلك بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشترى لا بتاريخ تسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين[3] وإذا لم يتم إعلان الرغبة على هذا النحو سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. ولذلك فإن هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم.

ويبدأ حساب ميعاد الخمسة عشر يوما من اليوم التالى لتاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع ويستمر إلى نهاية اليوم الخامس عشر. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، كل ذلك طبقا لقواعد قانون المرافعات.

ب- فى حالة عدم وجود إنذار وكان عقد البيع مسجلا:

فقد افترض المشرع ألا يقوم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع بحصول البيع أو أن يقع الإنذار باطلا فحتى لا يظل الحق فى الشفعة قائما مع أنه حق

---

(١) نقض ١٩٥٩/٥/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٤٢٦، ١٩٦٩/١٢/٢٥، س ٢٠، ص ١٣٥٠، ١٩٨٠/٢/٢١، س ٣١، ص ٥٨٣، ١٩٨١/٣/١٢، س ٣٢، ص ٨٧٦، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٧.

(٢) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥، السابق الإشارة إليه والأحكام السابقة.

(٣) نقض ١٩٤٥/٤/١١، مجموعة عمر، هـ ٤، رقم ٢٣٤، ص ٦١٦، محمد على عرفة. جـ ٢، فقرة ٢٨٩، ص ٤٨٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٠٦، ص ٦٣٨، حسن كيرة، فقرة ٣٣٩، ص ٦١١.

استثنائى يخل بحق المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد فقد هيأ المشرع، سبيلا ميسرا للمشترى يطمئن معه إلى سقوط الحق فى الشفعة فنص فى المادة ٩٤٨/ب مدنى على أن حق الشفيع يسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

وبذلك يكون المشرع قد افترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشترى. لكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع فى هذه الحالة ليس إلا علما افتراضيا فقد أطال المدة التى يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل، سواء كان تسجيل للعقد أو تسجيل للحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد. وبالتالى لا عبرة بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشترى على البائع حتى ولو تم التأشير على هامشها بالحكم الصادر فيها فيما بعد حيث أن المعول عليه فى حساب الميعاد هو تاريخ تسجيل الحكم[1] لا تاريخ تسجيل الصحيفة.

فإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى قبل إنقضاء أربعة أشهر من وقت التسجيل فيكون قد حفظ حقه من السقوط[2] وتعين عليه إتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٢/٩٤٢، ٩٤٣ مدنى على النحو الذى سوف نراه.

وإذا فرض وأن تم الإجراءان، إنذار الشفيع وتسجيل عقد البيع فالفيصل فى ذلك هو تعاصرهما أم تعاقبهما.

- فإذا بدأ المشترى أو البائع بإنذار الشفيع، وكان ميعاد الخمسة عشر يوما قد بدأ وانتهى قبل التسجيل دون إعلان الرغبة خلاله سقط حق الشفيع بصفة نهائية، وبالتالى لا ينفتح له ميعاد جديد، الأربعة الأشهر، بعد التسجيل.

- أما إذا تعاصر الإجراءان وبالتالى كان للشفيع ميعادين فالعبرة بأقصر الأجلين الخمسة عشر يوما أو الأربعة أشهر، فإذا كان الإنذار قد تم ثم بعد عشرة أيام من تسلم الشفيع له قام المشترى بتسجيل عقده فإن حقه فى الشفعة يسقط بتمام الخمسة عشر يوما إذا لم تعلن رغبته خلالها، والعكس إذا كان

---

(١) أنظر نقض ١٩٥٠/٤/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ١، ص ٤٢٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٠٦، ص ٦٤٣، هامش ٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٧٤، ص ٤٤٠، حسن كيرة، فقرة ٣٤٠، ص ٦١٣.

(٢) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ السابق الإشارة إليه.

المشترى قد بدأ بتسجيل عقده وبعد ثلاثة أشهر وعشرين يوما قام البائع أو المشترى بإنذار الشفيع فإن حقه يسقط بتمام الأربعة أشهر إذا لم يعلن رغبته فى الشفعة خلالها حتى ولو ما زال ميعاد الخمسة عشر يوما قائما[1].

ولذلك فإن ميعاد الأربعة أشهر لإعلان الرغبة من وقت التسجيل يعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم.

وكيفية حساب مدة الأربعة أشهر من التسجيل تتم على النحو السابق بيانه بصدد ميعاد الإنذار وطبقا لقواعد قانون المرافعات.

جـ- إذا لم يكن هناك إنذار ولا تسجيل لعقد البيع:

سبق أن رأينا الإنذار ليس إجراء حتميا وبالتالى قد لا يقوم به البائع أو المشترى. كما أن الغالب ألا يقوم المشترى بالتسجيل. كل هذا بطبيعة الحال لا يمنع الشفيع من أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون إنتظار وصول إنذار إليه أو قيام المشترى بالتسجيل. لكن إلى متى يكون له الحق فى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة حيث أن فى هذا الفرض ليس هناك مواعيد محددة تقيده.

لم يحدد التقنين المدنى الحالى، على خلاف قانون الشفعة السابق، ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع. وعلى ذلك فإن للشفيع الحق فى إعلان رغبته، طالما لم ينزل عن حقه فى الأخذ بالشفعة فى ذلك إلى أن يسقط حقه فى الشفعة طبقا للقواعد العامة، أى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ البيع المشفوع فيه[2].

ثالثا: تسجيل إعلان الرغبة وأثره

يجب أن نشير منذ البداية أن إعلان الرغبة فى الشفعة هو الإجراء اللازم والضرورى الذى يجب أن يقوم به الشفيع إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة. أما تسجيل هذا الإعلان فله هدف محدد هو الإحتجاج بإعلان الرغبة على الغير (م ٩٤٢/ ١ مدنى). والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم

---

(١) فى هذا المعنى عزت حنورة، فقرة ١٥٤، ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩، حسن كيرة، فقرة ٣٤٠، ص ٦١٣.

(٢) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٥٥٠، ص ٥٢٦، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٤، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٠٦، ص ٦٤٦، حسن كيرة، فقرة ٣٤٢، ص ٦١٥.

المشترى فى العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشترى (م ٩٤٧ مدنى). وبذلك تتجلى أهمية مبادرة الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة.

وعلى ذلك فإذا سجل الشفيع إعلان الرغبة، فإن هذا الإعلان يكون حجة على الغير، وبالتالى لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى أو أى حق ترتب ضده. وفى ذلك نصت المادة ٩٤٧ مدنى بقوها: "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق إختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشترى من ثمن العقار".

- وعلى ذلك إذا باع المشترى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة[1]، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، وبناء عليه فإن حقه فى الأخذ بالشفعة من المشترى الأول يظل قائما وبالشروط التى اشترى بها[2]، وبالتالى لا يلتزم بإدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة. لكن لما كان هذا الحكم مقرر

---

(١) المعول عليه هو وقت التسجيل إعلان الرغبة وبالتالى لا عبرة فى هذا الصدد بوقت إعلان الرغبة أو إقامة الدعوى أو صدور حكم إبتدائى فيها طالما أن المشرع حدد إجراء معينا بشكل محدد وعلق على تاريخ هذا الإجراء إحداث أثر قانونى معين، فلا يجوز القول بحدوث ذلك الأثر إستنادا إلى تاريخ أى إجراء آخر ولو فى ذات الخصومة ما دام لم يرد فى النص المعين لذلك الإجراء ما يفيد ذلك. نقض ١٩٨٧/١١/٢٥، الطعن رقم ١١٩٧ لسنة ٥٣ ق.

(٢) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٨٢٧، ١٩٩١/٤/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢، ص ٩٨١، حيث قضت المحكمة بأنه "يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ولا يشترط أن يكون هذا البيع ثابت التاريخ أو أن يكون الشفيع قد أنذر به رسميا أو علم به علما واقعيا وإن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به، فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا يتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة والوقت المعول عليه لعدم الإحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان، ومما يؤيد هذا النظر ما نصت عليه المادة ٩٤٧ من القانون المدنى أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحاج بالتصرف الذى يصدر من المشترى طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة ٩٤٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل".

لمصلحة الشفيع لذلك فإنه يبقى له الخيار مفتوحا بين البيع الأول والبيع الثانى، فله أن يترك البيع الأول ويطلب الشفعة فى البيع الثانى إذا كان له فى ذلك مصلحة، بأن كانت شروطه أفضل من البيع الأول مثلا، لكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يباشر إجراءات الشفعة ابتداء بالنسبة للبيع الثانى، حيث لا عبرة بما قام به من إجراءات بصدد البيع الأول[1].

أما بالنسبة للحقوق الأخرى التى يرتبها المشترى أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة، كالرهن أو الإختصاص، فهى لا تسرى أيضا فى حق الشفيع. ويترتب على ذلك أن الشفيع يتلقى العقار المشفوع فيه - إذا ما حكم له بالشفعة خاليا من هذه الحقوق. ولكن مثل هذه الحقوق لا تكون عديمة الأثر حيث أنها تتعلق بالمظهر المالى للعقار، ولذلك إذا كان المشترى قد دفع الثمن للبائع فيباشر أصحاب هذه الحقوق مالهم من أولوية على الثمن الذى يسترده المشترى - بمقتضى الشفعة - إن كانت حقوقهم مستحقة الأداء، أو تنتقل حقوقهم إلى هذا الثمن بمقتضى الحلول العينى إن لم تكن مستحقة الأداء[2].

- **قبل تسجيل إعلان الرغبة:** تسرى فى حق الشفيع تصرفات المشترى والحقوق التى ترتبت ضده.

مشكلة توالى البيوع: تنص المادة ٩٣٨ مدنى على أنه "إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها".

يتضح من ذلك أنه إذا باع المشترى العقار قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإن هذا البيع يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وإذا توالت البيوع بعد ذلك تطبق نفس القاعدة. لكن تطبيق هذه القاعدة مشروط بشرطين:

---

(١) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨٧، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٣٠٤، ص ٤٩٤، السنهورى، جـ ٩، فقرة ١٧٢، ص ٥١٩، جمال الدين زكي، فقرة ٢٢٨، ص ٤٢٠، قارن حسن كيرة، فقرة ٣٤٥، ص ٦١٧، هامش ١، حيث يرى أن ذلك يتنافى مع أن الشفيع لا يملك بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. (فى البيع الأول) - الرجوع فى ذلك بإرادته المنفردة طبقا لوجهة نظره.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٥.

الأول: نص عليه المشرع فى المادة ٩٣٨ مدنى وهو أن يكون البيع الثانى مما تجوز الشفعة فيه.

والثانى: اشترطه القضاء وهو ألا يكون البيع الثانى صوريا[١].

وعلى ذلك يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: إذا كان البيع الثانى حقيقيا وتجوز فيه الشفعة وقد تم قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع[٢] ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها. ومقتضى ذلك أن يقوم الشفيع بتوجيه الإجراءات إلى كل من المشترى الأول بصفته بائعا والمشترى الثانى، بصفته المشفوع منه، ولا يلزم إختصام البائع الأول[٣] ولا يلزم أن يكون البيع الثانى مسجلا، فيكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة[٤] بل لا يشترط أن يكون ثابت التاريخ[٥] شأنه فى ذلك شأن البيع الأول المشفوع فيه، بل لا يشترط أن يكون قد أنذر به رسميا أو علم به علما واقعيا[٦].

الفرض الثانى: إذا كان البيع الثانى حقيقيا قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة، ولكنه لا يجوز فيه الشفعة[٧]، كما إذا باع المشترى العقار لشخص لا

---

(١) نقض ١٩٨١/١/٦، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ١١٠، ١٩٨١/٢/٢٦، س ٣٢، ص ٦٧٧، ١٩٨١/٥/٢٧، س ٣٢، ص ١٦٢٧.

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٨٩١، ١٩٧٨/٢/٢٨، ص ٢٩، ص ٦٢٢.

(٣) نقض ١٩٥٣/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٤، ص ١٠٩٠، نقض ١٩٥٤/٣/٤، س ٥، ص ٥٨٣.

(٤) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٧، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٢، ص ٥٢٣، ٥٢٤، حسن كيرة، فقرة ٣٤٥، ص ٦١٩.

(٥) حسن كيرة، نفس المرجع ونفس الموضع، نقض ١٩٨٣/٦/١٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٤١٢. لكن يجب ألا يكون هذا التاريخ صوريا. ولذلك يشترط للإحتجاج بتاريخ عقد البيع الثانى فى حق الشفيع أن يكون هذا التاريخ ثابتا قبل تاريخ تسجيل إعلان الرغبة حيث أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد طبقا لقواعد الإثبات.

(٦) نقض ١٩٨٣/٦/١٢، السابق الإشارة إليه، نقض ١٩٩١/٤/٢٨، س ٤٢، ص ٩٨١، نقض ١٩٩٦/٣/٢٩، الطعن رقم ٩٠١، لسنة ٦١ ق، مجلة القضاة، السنة الثامنة والعشرون، العدد الأول والثانى، يناير - ديسمبر ١٩٩٦، ص ٤١٨.

(٧) ولا يلزم أن يكون تصرف المشترى فى العقار بيعا وإنما يجوز أن يكون تصرفه قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفا لا تجوز الشفعة فيه كما لو وهبه أو قايض عليه، فهذه التصرفات ستسرى فى حق الشفيع وبالتالى لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة فى البيع الأول أنظر فى ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٦، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٤٤، وأنظر عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٩٤، ص ٤٩٣.

تجوز الشفعة ضده، كما لو باعه لأحد أصوليه أو فروعه أو لزوجه أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فلا يجوز للشفيع فى هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة لا فى البيع الأول، حيث أنه لم يعد يعتد به[1]، ولا فى البيع الثانى لقيام المانع. وهذا الفرض يكشف بجلاء أيضا أهمية تسجيل إعلان الرغبة، لأن البيع الثانى أيا كان صفته لو كان قد تم بعد التسجيل فلا يسرى فى حق الشفيع ويبقى حقه فى الأخذ بالشفعة قائما بالنسبة للبيع الأول فقط وعليه أن يستمر فى باقى إجراءات الشفعة.

الفرض الثالث: إذا كان البيع الثانى قد تم قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل إعلان هذه الرغبة ولكنه كان صوريا، فى هذه الحالة يكون للشفيع الذى يدعى صوريته، باعتباره من الغير، إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات[2]، **فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى أو البيوع المتتالية، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى[3].**

على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة هذا المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية، وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه[4]. ويتحقق ذلك باختصامه إبتداء فى دعوى الشفعة أو بإدخاله أو بتدخله فى الدعوى دون إعتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل فى المواعيد المحددة لطلب الشفعة، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الإدعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على

---

(١) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٨٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥، ص ٣٤٦، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٧٢، ص ٥٢١، حسن كيرة، فقرة ٣٤٥، ص ٦١٩.

(٢) أنظر صفحة ٨٨، ٨٩ وما بعدها.

(٣) نقض ١٩٧٩/١١/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع٣، ص ٧٢، ١٩٨١/١/٦، س ٣٢، ص ١١٠، ١٩٨٢/٦/٢٤، س ٣٣، ص ٨٢٧، ١٩٨٣/١١/٢٤، س ٣٤، ص ١٦٧١، ١٩٨٥/٢/١٢، س ٣٦، ص ٢٥٩، ١٩٨٥/١٢/٣١، س ٣٦، ص ١٢٦٣، ١٩٨٩/١٢/٥، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق، ١٩٩٢/٤/٢٨، الطعن رقم ٩٦٣، سنة ٥٣ ق، ١٩٩٢/١١/٢٤، الطعن رقم ١٣٣٨، سنة ٥٧ ق.

(٤) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ٦٢٢، ١٩٧٩/١١/٢٧، س ٣٠، ع٣، ص ٧٢، ١٩٨١/٢/٢٦، س ٣٢، ص ٦٧٧، ١٩٨٣/١١/٢٤، س ٣٤، ص ١٦٧١، ١٩٨٥/٢/١٢، س ٣٦، ص ٣٥٩، ١٩٨٥/١٢/٣١، س ٣٦، ص ١٢٦٣، ١٩٨٩/١٢/٥، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق.

ثبوت الصورية أو إنتفائها، وبصدور الحكم لصالح الشفيع بصورية **عقد المشترى الثانى تصح إجراءات طلب الشفعة فى البيع الأول"**[1]. ويترتب على ذلك أنه "لا يقبل من المشترى الثانى الطعن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها"[2] وإن حكم ضده لعدم صورية عقد المشترى الثانى يلزم الشفيع باتخاذ إجراءات الشفعة فى مواجهة المشترى الثانى ولا عبرة لما إتخذ من إجراءات بصدد البيع الأول.

لكن يبقى هناك سؤال يطرح نفسه فى حالة توالى البيوع هل يلزم إختصام كل المشترين الأخيرين؟؟ وإذا لم يختصموا أو لم يختصم أحدهم فهل تكون دعوى الشفعة غير مقبولة؟

قد أجابت محكمة النقض على ذلك بأنه "يجب إختصام المشترى الأخير فى الدعوى وذلك لأن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا"[3]. وقد أفاضت المحكمة فى ذلك فى حكمها الصادر في ١٩٨١/٢/٢٦[4] حيث قضت بأنه "على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة، فى حالة توالى البيوع، أن يستعمل حقه وفقا لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الأخير وبالشروط التى إشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. إلا أن ذلك مشروط بألا يكون من البيع التالى للبيع الصادر من المالك للمشترى الأول صوريا. **فإذا أدعى الشفيع صورية العقد التالى للبيع الأول وأفلح فى إثبات ذلك أعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما، وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيوع المتتالية التى لا وجود لها، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الأخير على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الأخير لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم الذى يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه،**

---

(١) نقض ١٩٨٧/١١/١١، الطعن رقم ١٦٢ سنة ٥٤ ق، ١٩٨٧/١٢/٢، الطعن رقم ٣١٥، سنة ٥١ق، ١٩٨٨/٤/٢٠، الطعن رقم ٦٠٤، سنة ٥٥ق، وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض، أنظر نقض ١٩٨٥/٣/١٩، الطعن رقم ٨٧١، سنة ٥١ ق.

(٢) نقض ١٩٨٩/١٢/٥، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق، ١٩٩٢/٤/٢٨، الطعن رقم ٩٦٣، سنة ٥٣ ق.

(٣) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ٦٢٢.

(٤) مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٦٧٧.

ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون إختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشترى وإن تعددوا، ولأن الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تختصم أحد المشترين الأخيرين - رغم أن تاريخ عقده سابق تاريخ تسجيل الطاعنة إعلان رغبتها فى الأخذ بالشفعة - وهو صاحب شأن فى صورية العقد الصادر من سلف البائعتين له حتى يعتد بالتالى بعقده هو، شأنه فى ذلك شأن باقى المشترين من هاتين البائعتين، وكان لمحكمة الموضوع أن ترفض ولو ضمنا طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت أنها ليست فى حاجة إليه بما لها من سلطة تامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديما صحيحا وترجيح ما تطمئن إليه منها وإستخلاص ما تراه من واقع الدعوى، **وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة بعدم قبول دعوى الشفعة لعدم إختصام أحد المشترين الأخيرين**، فلا على محكمة الموضوع أن لا تحيل الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية طالما أن الدعوى غير مهيأة للحكم فى موضوعها، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بما جاء بهذين السببين يكون على غير أساس".

وقد طبقت محكمة النقض نفس هذا المبدأ فى حالة بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة، فقضت بأنه "إذا بيع العقار من نفس البائع أكثر من مرة كان للشفيع أن يشفع فى أى من هذه البيوع طالما كانت ملكية هذا العقار ما زالت للبائع، فإذا إنتقلت الملكية إلى مشتر آخر غير المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول لأن الشفعة سبب لكسب الملكية وفى هذه الحالة لا تؤدى إلى إنتقال الملكية إلى الشفيع، فإن أدعى صورية هذا العقد المسجل لا يلتفت إلى إدعائه ما لم يختصم جميع المشترين فيه وإلا بقيت دعواه غير مقبولة..."[1].

فى كل هذه الأحكام كان الشغل الشاغل لمحكمتنا العليا أن تجعل للحكم الصادر بالصورية حجية على كل شخص تعلق له حق بالعقار المشفوع فيه وبالتالى حسم أى نزاع مستقبل يمكن أن يثور حول ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه. وهذا الإعتبار العملى جدير بالإهتمام سواء من جانب القضاء أو أصحاب الشأن، فمن ناحية سيخفف من على كاهل القضاة الدعاوى التى يمكن

---

(١) نقض ١٩٨٢/١٢/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ١٢٨٩.

أن يرفعها المشترون فى البيوع المتتالية، فى حالة عدم إختصامهم، لأن حكم الصورية فى هذه الحالة لا يكون له حجية عليهم. وخاصة وأنه قد يفلح أحد هؤلاء، فى هذه الحالة، فى الحصول على حكم بصحة ونفاذ عقده أخذا فى الإعتبار أنه من الغير حسن النية، وذلك باعتباره خلفا خاصا، وهذا ما سيؤدى إلى تضارب الأحكام. ومن ناحية ثانية سيأمن الشفيع من أى منازعة مستقبلة يمكن أن تثار حول ملكيته للعقار المشفوع فيه.

ولذلك ننصح، فى حالة الطعن بالصورية فى العقد التالى للعقد المشفوع فيه، بإختصام جميع المشترين فى البيوع المتتالية، حتى لا تتعرض دعوى الشفعة لعدم القبول هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى يكون للحكم الصادر بالصورية حجية فى مواجهة كل هؤلاء فيأمن الشفيع من إثارة أى منازعة مستقبلة حول ملكيته للعقار المشفوع فيه.

ولكن يبدو أن محكمة النقض بدأت تتحول عن هذا القضاء، حيث أنها قضت بأنه "إذا كانت الصورية المطلقة إن صحت ينعدم بها وجود عقد البيع قانونا فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إن سجل إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا منعدما. **فإنه ينبنى على ذلك أن الشفيع إذا طعن بالصورية المطلقة على عقد المشترى الثانى فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى لأنه تصرف فى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصه الشفيع فى دعواه كان لزاما على المحكمة قبل أن تفصل فى هذا الدفع أن تتصدى بداءة لبحث الطعن بالصورية وتدلى بكلمتها فيه حسما له ذلك بأنه لو ثبت صورية عقد المشترى الثانى كان منعدما غير منتج لأى أثر قانونى ولو كان مسجلا فلا يكون لهذا المشترى فى مواجهة الشفيع ثمة حقوق تعلقت بالعقار المشفوع فيه ويغدو بالتالى غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرف صدر منه فى هذا العقار إلى مشتر ثالث".**

ويتضح من هذا الحكم أن محكمة النقض قد جعلت من الفصل فى صورية عقد المشترى الثانى مسألة لازمة قبل الفصل فى الدفع بعدم قبول دعوى الشفعة الذى أبداه المشترى الثانى لتصرفه فى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصمه الشفيع فى دعواه، حيث أنه على ضوء نتيجة الفصل فى الصورية بالثبوت أو بالنفى يتوقف قبول الدعوى أو عدم قبولها.

وإذا كان هذا الحكم يستقيم من الناحية المنطقية إلا أنه يترك ثغرة عميقة من الناحية القانونية حيث أنه فى حالة ثبوت صورية عقد المشترى الثانى اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى وبما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى. ومع كل ذلك فإن الحكم بالصورية سيبقى بدون حجية فى مواجهة المشترى الثالث حيث أنه لم يكن طرفا فى الدعوى ولم يختصم ولم يدخل أو يتدخل فيها مما يترتب على ذلك ما يلى:

١- أن المشترى الثالث يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر باعتباره خلفا خاصا للمشترى الثانى، وخاصة وأن عقد هذا الأخير كان مسجلا، وبالتالى يعتبر، بصفته هذه، من الغير بشرط أن يكون حسن النية وقت تعامله مع المشترى الثانى، وحسن النية مفترض وعلى من يدعى خلاف ذلك عبء إثباته[1]. سيكون له بالتالى أن يرفع دعوى صحة ونفاذ عقده فإذا ما حصل على حكم فيها يستطيع أن يسجله فتنتقل له الملكية وبذلك ينازع الشفيع فى ملكية العقار المشفوع فيه خاصة إذا ما قام بتسجيل حكمه قبل تسجيل الحكم بالشفعة.

٢- أن المشترى الثالث يستطيع أن يكتسب ملكية العقار المشفوع فيه بالتقادم الخمسى وخاصة وأنه قد توافر له السبب الصحيح، فى حالة ما إذا سجل عقده، فإذا اقترنت حيازته للعقار بحسن نية ومضى خمس سنوات تكون اكتملت شروط هذا التقادم وبالتالى تتعطل الشفعة.

ويبدو لنا أنه يحدو المحكمة فى هذا القضاء بألا تجعل المشترى الثانى أن يحبط بفعله - ببيعه العقار المشفوع فيه مرة أخرى وتمسكه بالدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لعدم إختصام المشترى الثالث - دعوى الشفعة وخاصة إذا ما كان سند ملكيته صوريا صورية مطلقة وثبت ذلك وبالتالى إنعدام مصلحته فى الطعن على إجراءات الشفعة فى البيع الأول[2].

---

(١) أنظر فى ذلك نقض ١٩٧٢/١١/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٣، ع٣، ص ١٢٨٥.

(٢) نقض ١٩٨٩/١٢/٥، الطعن رقم ٧٧٨، سنة ٥٧ ق حيث قضت المحكمة بأنه "لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقا لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى - ألا يكون البيع الثانى صوريا، فإذا أدعى الشفيع فى مواجهة المشترى الثانى صورية عقد هذا المشترى، وأفلح فى إثبات هذه الصورة، اعتبر البيع الثانى غير موجود قانونا، وكان=

لكن يجب ألا ينسينا كل هذا أن القانون قد وضع، فى المقابل، بين يـ ـى الشفيع وسائل سهلة فعالة للحيلولـة دون تعرضـه لذلك: فمجـرد إعـلان الرغبـة وتسجيلها يجعل البيع التالى لهذا التسجيل غير نـافذ فـى حقـه وينعقد لـه الخيـار بينهما للأخذ بالشفعة فى أيهما حسبما يراه محققا لمصالحه. فإن لم يكن قد أعلـن رغبته أو أعلنها ولم يكن قد سجلها ووقعت مثل هذا البيوع المتتاليـة فإنـه يكفيـه أن يطعن بصورية البيع التالى للعقد المشفوع فيه ويختصم المشـترى فـى العقد الثانى وغيره من المشترين ليتجنب أية مشاكل مستقبلة ومحتملـة وخاصـة وأنـه غير مقيد فى ذلك، طبقا لما جرت عليه أحكام محكمة النقض، بالمواعيد المحددة لطلب الشفعة على النحو السابق بيانه.

لذلك نحن نميل إلى إستمرار محكمتنا العليا علـى قضائـها السـابق لأنـه من الناحية القانونية أكثر عدالة، كما أنه من الناحيـة العمليـة يحـول دون تكـدس القضايا وتضارب الأحكام ويحسم كل نزاع مستقبل يمكن أن يثـار حـول ملكيـة الشفيع للعقار المشفوع فيه.

لكن فى ظل أحكام محكمة النقض الأخيرة يقع على عاتق الشفيع عـبء المبـادرة باختصـام كـل المشـترين الأخيرين فـى دعـوى الشـفعة عنـد الطعـن بالصورية فى العقد التالى للعقد المشفوع فيه حتى يكون الحكم بالصورية حجـة فى مواجهة الجميع وبالتالى يقطع دابر كل نزاع مستقبل أو محتمل حول ملكيته للعقار المشفوع فيه.

إنعكاس توالى البيوع للعقار المشفوع فيه على إجراءات التقاضى:

"نظم المشرع فى المواد ٩٤٠ إلى ٩٤٣ من القانون المدنـى إجـراءات الأخذ بالشفعة سواء فـى إبـداء الرغبـة فيـها أو فـى رفـع الدعـوى بطلبـها وهـى إجراءات توجب تعيين المبيع الذى قام بسببه الحـق فـى الأخـذ بالشـفعة وتحديـد

=البيع الأول هو وحده الذى يعتد به فى الشفعة، ولا يقبل مـن المشـترى الثـانى الطعـن على إجراءات الشفعة فى هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية فى الطعن عليها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه ـ وعلى ما سلف الرد على السبب السـابق ـ قـد انتـهى إلى صورية البيع الثانى صورية مطلقة بما يعتبر معه هذا البيع غير موجود قانونا فـلا يقبل من الطاعن ـ وهـو المشـترى بـهذا البيـع الصـورى ـ أن يتمسك بمـا أثـاره بـهذا السبب من أسباب الطعن، أنظـر أيضـا نقض ١٩٩٢/٤/٢٨، الطعـن رقـم ٩٦٣، سـنة ٥٣ ق .

شخص البائع والمشترى والثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، وإذ تعتبر العقود في توالى البيوع فى العقار المشفوع فيه عقودا متباينة كل منها قائم بذاته مستقل عن الآخر فى أشخاص المتعاقدين وشروط التعاقد **فإن الشفيع إذا ما حدد فى دعواه أمام محكمة أول درجة طلب الأخذ بالشفعة بالنسبة لعقد معين من هذه العقود المتتابعة فإنه يتحدد وفقا لهذا العقد موضوع الحق المتداعى بشأنه والخصوم فى التداعى، فلا يجوز إذا ما قضى برفض دعواه أن يطلب فى الإستئناف الشفعة فى عقد بيع آخر إذ يعد ذلك تغييرا للطلب الذى كان مطروحا أمام محكمة أول درجة مما لا يقبل لدى محكمة الإستئناف باعتباره طلبا جديدا فلا تثريب على هذه المحكمة إن أعرضت** عن بحثه ولم تعر إلتفاتا لدفاع يتصل به لخروجه عن نطاق الإستئناف المطروح"[1].

المرحلة الثانية

إيداع الثمن

إذا كان إعلان الرغبة يفيد عزم الشفيع على أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، إلا أن هذا وحده لا يكفى وإنما يلزم المضى فى باقى الإجراءات وخلال المواعيد المحددة وإلا سقط الحق فى الشفعة. وعلى ذلك يجب أن يعقب **إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إيداع الثمن خلال ميعاد معين وفى مكان معين.** وذلك لضمان الجدية فى طلب الشفعة. ولكن يجب أن نحدد ما يجب على الشفيع إيداعه، ثم نبين ميعاد ومكان الإيداع، وأخيرا نقف على جزاء الإخلال بأحكام الإيداع بالثمن.

أولا: ما يجب إيداعه

وهنا سنجد أنه على الشفيع أن يودع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، **ولكن لا يلزم إيداع ملحقات الثمن وغير ذلك من مبالغ مستحقة للمشترى.**

١- يجب إيداع كل الثمن الحقيقى:

تنص المادة ٩٤٢/ ٢ مدنى على أنه "...... يجب أن يودع .... كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ..."[2].

---

(١) نقض ١٩٨٩/٦/٢٩، الطعن رقم ٤٠٦ سنة ٥٧ ق.

(٢) نقض ١٩٨٣/٢/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ٣٨٦، حيث قضت المحكمة بأن. "... إيداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد والكيفية التى=

والحكمة من إيداع الثمن هو ضمان الجدية فى طلب الشفعة، وقطع الطريق على المضاربين، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق فى الشفعة وسيلة للإبتزاز والمساومة، فاستلزام المشرع إيداع الثمن كان الإجراء الحاسم فى قطع دابر هذه المساومات وإختفاءها.

وتطلب المشرع أن يكون الإيداع لكل الثمن الذى حصل به البيع وبالتالى فلا يكفى أن يودع الشفيع جزء من الثمن ولو كان معظمه، حتى ولو كان البائع قد منح المشترى أجلا فى الوفاء ببعض الثمن[1].

وفى مقابل ذلك فإن الشفيع غير ملزم إلا بإيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، "ولذلك فإن إشتراط إيداع الثمن المسمى فى العقد ولو كان صوريا يعد قيد لا يحتمله النص"[2] وهذا النص يواجه الفرض الغالب حيث أنه غالبا ما يتوطأ البائع والمشترى على وضع ثمن فى العقد لا يمثل الحقيقة بقصد تعجيز الشفيع فى طلب الشفعة[3]. لذلك أراد المشرع أن يعاملهم بنقيض قصدهما واستلزم من الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع والطعن بالصورية فى الثمن ولكن كل ذلك يتحمل الشفيع مخاطره وحده كما سوف نرى.

وبصدد الطعن فى الثمن بالصورية من جانب الشفيع يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان الشفيع يطعن فى الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقى، وقام بإيداع الثمن الذى قدر أنه الثمن الحقيقى. عندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن لأنه يعتبر من الغير فى خصوص الصورية على النحو السابق

=حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا أخل الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتبارها مسألة متعلقة بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع"، نقض ١٩٩١/٣/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢، ص ٧٢٧.

(١) نقض ١٩٦٣/١١/٧، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ١٠١١.

(٢) نقض ١٩٨٠/٤/١، س ٣١، ص ١٠٠٦.

(٣) نقض ١٩٦٣/١٢/٥، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ١١٣١.

بيانه[1]. ولكنه إذا عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى فى العقد[2] وبالتالى يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة ولا يقبل منه تكملة الثمن بعد ذلك ويستفاد من ذلك أن الطعن بالصورية فى الثمن لا يعفى الشفيع من إيداع هذا الثمن. لأنه لو أودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقى فى هذه الحالة يكون مجازفا فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق في إثبات هذه الصورية[3].

الفرض الثانى: إذا كان الثمن المذكور فى العقد أقل من الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فعلا، وهذا متصور إذا كان البائع والمشترى جعلا الثمن المسمى فى العقد أقل من الثمن الحقيقى للتهرب من رسوم التسجيل مثلا.

القاعدة فى هذا الصدد، هى أنه إذا كان الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع المشفوع فيه وبالتالى يحق له يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية، بمعنى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الإحتجاج عليه بهذا العقد[4].

---

(١) نقض ١٩٥٩/٤/٢، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٣٠٣. واستخلاص الثمن الحقيقى من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة" نقض ١٩٩٠/٣/١٥، الطعن رقم ١٢٢١ سنة ٥٨ ق. وأنظر فى اعتبار الشفيع من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع المشفوع فيه، نقض ١٩٦٥/١٢/٢٥، س ١٦، ص ١٣٨٤، ١٩٦٦/١٠/١٨، س ١٧، ع ٤، ص ١٥٣٠، ١٩٧٠/٤/١٤، س ٢١، ع٢، ص ٦١٨، ١٩٧٥/١١/٦، س ٢٦، ص ١٢٠١، ١٩٧٩/١٢/١٣، س ٣٠، ع ٢، ص ١٦١، ١٩٨٣/٥/٢٩، س ٣٤، ص ١٣٢٢، ١٩٩٢/٤/٢٨، الطعن رقم ٦٩٣، سنة ٥٣ ق.

(٢) نقض ١٩٦٣/١٢/٥، السابق الإشارة.

(٣) نقض ١٩٦٩/٥/١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ٧٠٦. ومما تجدر الإشارة إليه أنه: "إذا كانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات عقد شراء الطاعنين وكان الثابت أنها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الأخرى التى استندت إليها أن هذا العقد جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين، نقض ١٩٥٩/٤/٢، س ١٠، ص ٣٠٣.

(٤) نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ١٣٨٤، ١٩٧٩/١٢/١٣، س ٣٠، ع٣، ص ٢٦١. وأنظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى أحكام الإلتزام السابق الإشارة إليه، ص ١٤٩ وما بعدها.

وبناءً على ذلك إذا كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صورياً وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع - باعتباره من الغير في هذا العقد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه[1].

ولكن إذا لم يتوافر للشفيع وسيلة للعلم بالثمن الذي حصل به البيع لأنه لم يتم إنذاره من جانب البائع أو المشترى، كما أن المشترى لم يقم بتسجيل عقده. فهل يجازف ويدفع الثمن الذي يعتقد أنه يقابل قيمة العقار؟ في هذه الحالة إذا اتضح أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فهل يسقط حقه في الشفعة أم يستطيع تكملة المبلغ المودع بعد معرفته بالثمن الحقيقي؟؟

سبق أن رأينا أن محكمة النقض قضت بأن الشفيعة لا تسأل عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين"[2]. ولذلك قد سارت محكمة النقض في هذا الإتجاه وقررت صحة الإيداع الذي قام به الشفيع طالما أنه تم وفقاً للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها وسمحت للشفيع أن يقوم بتكملة الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع بعد معرفته به قبل رفع الدعوى[3] ولا شك في عدالة هذا القضاء لأنه يرشد الجزاء المقرر وهو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة ولا يحكم به إلا إذا كان هناك محل من الناحية القانونية للحكم به فحيث يعدم الشفيع الوسيلة لمعرفة بيان جوهري متعلق بالعقد المشفوع فيه دون أن ينسب إليه خطأ أو تقصير فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد[4].

٢- لا يلزم الشفيع بإيداع الملحقات أو غيرها من مبالغ مستحقة للمشترى:

ويقصد بالملحقات هنا، ملحقات الثمن أي المصروفات التي تم إنفاقها في سبيل إتمام عقد البيع، كنفقات كتابة العقد ورسوم التوثيق أو التصديق على التوقيعات، ورسوم "الدمغة"، وكذلك المصروفات الأخرى كالسمسرة وغيرها

---

(١) نقض ١٩٧٥/١١/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٥١٥. انظر ما سبق أن بيناه بصدد شروط العقد المشفوع فيه وبصفة خاصة إختلاف الفقه حول هذه المسألة.

(٢) نقض ١٩٨٠/٢/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ٥٨٣.

(٣) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٩٩٣، ١٩٩٠/١١/٢٨، الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٧ ق.

(٤) وانظر في تأييد هذا القضاء حسن كيرة، فقرة ٣٤٧، ص ٦٢٣، عزت حنورة، فقرة ١٦٨، ص ٢٥٥ وما بعدها.

من المصروفات التى تحملها المشترى فى إتمام العقد[1] والتى يجب على الشفيع أن يردها له.

أما المبالغ الأخرى التى يمكن أن تستحق للمشترى، فهى مقابل البناء أو الغراس والتى يلتزم الشفيع بدفعها للمشترى (م ٩٤٦ مدنى).

القاعدة بالنسبة للملحقات: لا يلزم الشفيع بإيداعها مع الثمن ولا يترتب على عدم إيداعها سقوط حقه فى الشفعة. فالمادة ٩٤٢ مدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بما يدل على أن الشارع تعمد فى القانون القائم - خلافاً لقانون الشفعة القديم - إغفال ملحقات الثمن مما يجب إيداعه، إكتفاءً منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون[2].

- **والقاعدة أيضاً أنه لا يلزم الشفيع بإيداع أى مبالغ أخرى غير الثمن الحقيقى** حتى ولو تعلقت بمقابل البناء أو الغراس الذى يجريه المشترى فى العقار المشفوع فيه والذى يحق للمشترى إقتضاءه من الشفيع (م ٩٤٦ مدنى) وذلك لأن المادة ٩٤٢ مدنى حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه "كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة،

---

(١) أنظر السنهورى، الوسيط، جـ ٤، فقرة ٤١٩، ص ٨٤٢، وللمؤلف عقد البيع ص ٤٥٦ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٨٠/٦/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٦٥٧، ١٩٨١/١/٨، س ٣٢، ص ١٣٢، ١٩٨٢/٣/٣١، الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٤٨ ق. وقد كانت محكمة النقض قد قضت بما يفيد أن الشفيع لا يعفى من إيداع الملحقات إلا إذا كان لا يعلم بها نقض ١٩٥٦/٥/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ٦٠٧، ١٩٥٦/١٢/٢٠، س ٧، ص ١٠١٦. وقد عدلت محكمة النقض عن ذلك وقررت صراحة أن القانون لا يوجب إيداع الملحقات نقض ١٩٦٣/٢/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٤٧، ص ٢٧٨، نقض ١٩٦٤/٢/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ٢٧٨، واستقر قضاؤها على ذلك. أنظر فى ذلك ١٩٧٤/٣/١٤، س ٢٥، ص ٥٠٢، ١٩٧٥/١١/٢٧، س ٢٦، ص ١٥١٥. لكن مما تجدر ملاحظته أن "دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة حول إلزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن من مصروفات رسمية أو غير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل فى هذه المنازعة سواء أثيرت من جانب الشفيع أو المشترى ما دامت مطروحة عليها ..." نقض ١٩٨٥/٤/٩، س ٣٦، ص ٥٦٥.

وعبارة "كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع" لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس هو مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون، وإعمال للجزاء فى غير النطاق الذى حدده"[1].

ثانياً: ميعاد ومكان الإيداع

يجب أن يتوافر عدة شروط فى هذا الميعاد، كما أن المشرع قد حدد مكان محدداً لهذا الإيداع.

١- يجب أن يتم الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة:

تنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى على ما يلى "وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ....".

وميعاد الثلاثين يوماً يعتبر ميعاداً ناقصاً أى يجب أن يتم الإيداع خلاله. وهو مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالى لا يرد عليه الوقف ولا الإنقطاع. ويبدأ حساب الميعاد من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، وإذا كان قد تم إعلان أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير[2] وطبقاً لقانون المرافعات يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالى لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع وللمشترى أو لآخر شخص من البائعين أو المشترين[3] وبصفة عامة هذا الميعاد يخضع فى كيفية حسابه وإضافة مواعيد مسافة إليه وغير ذلك لقواعد قانون المرافعات.

الثمن المؤجل لا يعفى الشفيع من الإيداع فى الميعاد:

وهذا الفرض يحدث عادة عندما يكون عقد البيع المشفوع فيه متضمناً أجلاً ممنوحاً للمشترى لدفع الثمن كله أو بعضه، وحيث أن إجراءات الشفعة بحسب مآلها ستؤدى إلى حلول الشفيع محل المشترى فى هذا العقد فقد يطلب الشفيع من البائع السماح له بالإنتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٣، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ١٦٦٣.
(٢) نقض ١٩٨١/١/٢٦، الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٤٨ ق.
(٣) نقض ١٩٨١/٤/٢٦، س ٣٢، ص ١٣٣٤.

فيوافق البائع على ذلك قبل إيداع الثمن خزانة المحكمة فهل هذا يعفى الشفيع من إيداع الثمن فى الميعاد إذا كان الثمن ما زال مستحقاً للبائع؟ أو هل هذا يسمح للشفيع بإيداع ما يعادل المبلغ المستحق من الثمن للمشترى دون المستحق للبائع من هذا الثمن بدعوى موافقة البائع له على التأجيل؟

بطبيعة الحال لا يجوز للشفيع أن يفعل ذلك وإنما يجب عليه إيداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد المحدد حيث هذا الإجراء شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون. كما أن هذا الإجراء لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه. ولا تعارض بين إشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وما بين ما نص عليه فى المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدنى من أنه لا يحق للشفيع الإنتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاءً، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى"[1].

٢- ضرورة أسبقية إيداع الثمن لرفع الدعوى:

تنص المادة ٢/٩٤٢ على أنه يطب "... مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ..." مع ملاحظة أنه طبقا لنص المادة ٩٤٣ مدنى أن دعوى الشفعة ترفع أيضا خلال ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة.

فالسؤال الذى يطرح نفسه هل ترتيب إتخاذ الإجراءين على هذا النحو يفيد وجوب وجود فاصل زمنى بينهما أم يفيد التعاقب فقط؟

قد أجابت محكمة النقض، وبحق، أن هذا الترتيب يفيد التعاقب فى إتخاذ الإجرائين ولا عبرة بالفاصل الزمنى.

---

(١) ١٩٦٣/١١/٧، مجموعة احكام النقض. س ١٤، ص ١٠١١، ١٩٧٦/١/٢٩، س ١٩٧٦، ص ٣٤٧.

"فإذا كانت المادة ٩٤٢/ ٢ مدنى تضمنت شرطين أولهما: أن يودع الشفيع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثانى: أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى. فقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع. أما التحدى بالمادة ٢٠ من قانون المرافعات فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محدد بالأيام له بداية ونهاية والثانية غير محددة بالأيام وإنما بفاصل زمنى غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة"[1].

ويترتب على ذلك أنه يجب على المحكمة أن تتحقق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة. ويكون ذلك عن طريق ما يرد فى صحيفة دعوى الشفعة من الإشارة إلى رقم قسيمة الإيداع وتاريخ الإيداع ورقم حافظة التوريد ورقم اليومية وغير ذلك من بيانات تسمح للمحكمة من التثبت على وجه اليقين من توفر هذا الشرط. وعلى ذلك فإن لم تستطع المحكمة من التثبت من ذلك بطريقة قاطعة كما لو أن لم تتضمن صحيفة الدعوى بيانات تفيد ذلك، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة. ولذلك يجب على المتقاضين التحوط الشديد من هذا المجال.

المكان الذى يجب أن يتم فيه الإيداع:

تنص المادة ٩٤٢/ ٢ مدنى على أنه: "... يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائنة فى دائرتها العقار ..." وهذه المحكمة هى المختصة التى ترفع أمامها دعوى الشفعة (م ٩٣٢ مدنى) فإن لم يودع الثمن فى خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة سقط حق الأخذ بالشفعة[2].

وعلى ذلك إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الإبتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتى أحيلت إليها الدعوى لنظرها

---

(١) نقض ١٦/١٠/١٩٦١، مجموعة أحكام النقض، س ١٢، ص ٦١٩، ١٨/١٠/١٩٦٦، س ١٧، ص ١٥٣٠، ١٠/١٢/١٩٧٠، س ٢١، ص ١٢٢٧.

(٢) نقض ١٤/١٢/١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ١٧٩٤.

باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها وإذا دفع أمامها بسقوط الحق فى الشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها ولم تعر المحكمة إهتمامها لهذا الدفع وقضت بأحقية الشفيع مع ذلك فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون حكمها قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله وتفسيره[1].

فإيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة فى خلال الموعد المحدد هو إجراء من إجراءات الشفعة يجب أن يتم فى الميعاد وبالكيفية التى حددها، وهو شرط أساسى لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع فى خصوص إيداع الثمن[2].

ثالثا: جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن

إذا لم يقم الشفيع بإيداع كامل الثمن الحقيقى، فيما عدا حالة عدم علمه اليقينى بالثمن[3]، يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة. كما أن مجازفة الشفيع وإيداعه الثمن الذى يعتقد أنه الحقيقى عند طعنه بالصورية وعدم ثبوت هذه الصورية مما يجعله فى حكم من لم يودع كامل الثمن يسقط حقه أيضا فى الأخذ بالشفعة.

كما لو أنه إذا لم يودع الثمن فى الميعاد المحدد، أو لم يودعه قبل رفع الدعوى، أو لم يودعه خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

ويسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعدله الحق من معاودة هذه الإجراءات من جديد بصدد العقد المشفوع فيه[4]. كما أن هذا الجزاء يتعلق بالنظام العام. ويعتبر شرطا لقبول دعوى الشفعة وبالتالى يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. كما يجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك فى الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨، س ٢٩، ص ١٥٩٥.
(٢) ١٩٧٨/٦/٢٨، السابق الإشارة إليه، ١٩٨٢/٣/١٨، س ٣٣، ص ٥٧٢.
(٣) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٦، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٩٩٣.
(٤) نقض ١٩٥٤/٥/١٣، مجموعة أحكام النقض، س ٥، رقم ١٣١، ص ٨٦٧، فقد قضت محكمة النقض بأنه: "لما كان القانون المدنى الجديد قد وضع نظاما مستحدثا لإجراءات الشفعة نص عليه فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣. وكانت إجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة بعضها بالبعض إرتباطا وثيقا وماسة بذات الحق إذ ينص القانون على وجوب إتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة ....".

وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع[1].

المرحلة الثالثة

رفع الدعوى

تمهيد وتقسيم:

رفع الدعوى خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة بعضها بالبعض إرتباطا وثيقا وماسة بذات الحق إذ ينص القانون على وجوب إتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة، وكانت تبدأ جميعا من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة. ولاستكمال إجراءات الشفعة يجب أن نقف على كيفية وميعاد رفع دعوى الشفعة ونحدد الأشخاص التى ترفع عليهم، ثم نبين المحكمة المختصة.

أولا: كيفية وميعاد رفع دعوى الشفعة

تنص المادة ٩٤٣ مدنى على أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة".

١- كيفية رفعها:

يتضح من ذلك أن القانون المدنى لم يعرض للقواعد الخاصة بكيفية رفع الدعوى وإنما حدد فقط الميعاد الذى يجب أن ترفع خلاله والمحكمة المختصة بنظرها. وعلى ذلك يجب الرجوع فى كيفية رفع دعوى الشفعة إلى قانون المرافعات. وطبقا لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات تعتبر دعوى الشفعة مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة[2]. ويتولى قلم الكتاب قيد الدعوى بالجدول فى ذات اليوم (م ٦٧ من قانون المرافعات).

---

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٥٩٥، ١٩٨٣/٢/٢، س ٣٤، ص ٣٨٦.

(٢) نقض ١٩٨٠/٦/٣، س ٣١، ص ١٦٦٣، ١٩٨١/٦/١٦، طعن ٥٦٦، سنة ٤٧ق، ١٩٨٤/٤/١٧، الطعنان ٥٥٦، ٥٥٧ سنة ٤٧ ق.

وعلى ذلك فإنه يجب على الشفيع أن يودع أولا كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ثم يعد صحيفة الدعوى والصور المطلوبة منها ويضمنها ما يفيد قيامه بإيداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة بأن يذكر رقم قسيمة التوريد وتاريخها ورقم الوديعة ثم يقدمها إلى قلم كتاب المحكمة المختصة. بعد أن يؤدى رسم الدعوى كاملا. يقوم قلم الكتاب قيد الدعوى فى ذات يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها.

وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها للمدعى ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب (م ٦٧) وبهذا يتم قيد الدعوى وتعتبر دعوى الشفعة مرفوعة بمجرد إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بعد أداء الرسم المستحق عليها.

٢- ميعاد رفع الدعوى:

يجب أن ترفع دعوى الشفعة وتقيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. وهذا الميعاد يجب أن يتم فيه إجراءان على التوالى إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، ثم رفع الدعوى وقيدها.

ويبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوما المقرر رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى خلاله من تمام إعلان كليهما بالرغبة فى الأخذ بالشفعة ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير[1]. ويتم حساب الميعاد من اليوم التالى لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع أو المشترى أو لآخر شخص من البائعين أو المشترين. ويخضع هذا الميعاد للإمتداد ولإضافة مواعيد مسافة طبقاً لأحكام قانون المرافعات.

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة فى موطن كل من المشترى والبائع. وإذا لم يستدل الشفيع على موطن البائع بسبب تواطؤه مع المشترى

(١) نقض ١٩٨١/٤/٢٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ١٣٣٤، ١٩٨١/١/٢٦، الطعن ٤١٨ سنة ٤٨ ق.

لإخفائه، فيجب عليه إتخاذ الإجراء القانونى الذى يؤدى إلى إتمام إعلانـه خـلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة(١).

وليس هناك ما يمنع مـن القيـام بـإيداع الثمـن خزانـة المحكمـة ثـم رفـع الدعوى فى نفس اليوم مع مراعاة التعـاقب فـى الإجراءيـن علـى النحـو السـابق بيانه وإلا سقط الحق فى الشفعة.

وسبق أن رأينا أن: "كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسميا، ولم تستلزم حصوله بورقة مسـتقلة سـابقة علـى إعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعـلان الصحيفة، ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومـات إعـلان الرغبـة"(٢).

وهذا الإختصار فى الإجراءات محفوف بالمخاطر إذ يجب مراعاة ما يلى:

أولا: يجب أن يتم رفع الدعوى بعـد إيـداع الثمـن خزانـة المحكمـة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة.

ثانيا: يجب أن يتم بالفعل إعلان الرغبة مما يستلزم عـدم الوقـوف عنـد إجراء رفع الدعوى، أى إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وإنما يجب أن يتـابع الشفيع ذلك ويتأكد بأنه قد تم تسليم البائع والمشـترى إعـلان الرغبـة بـالفعل فـى الميعاد وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن مراعاة المواعيد.

ثالثا: يجب أن يتم إعلان الرغبة على هذا النحو فـى الميعـاد. فـإذا كـان هناك إنذار فإنه يجب أن يتـم إعـلان صحيفـة دعـوى الشـفعة المتضمنـة إعـلان الرغبة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع. فإن لم يكن هناك إنذار فخلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع.

رابعا: يجب أن يتضمن إعلان صحيفة الدعوى كافـة البيانـات اللازمـة لهذا الإعلان (أى إعلان الرغبة).

ثانيا: الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى

إستلزم نص المادة ٩٤٣ مدنى رفع دعوى الشفعة علـى كـل مـن البـائع والمشترى فى الميعاد المحدد، وهذا منطقى حيـث أن إجـراءات الشـفعة بحسـب

---

(١) نقض ١٩٦٥/١١/٩، مجموعة أحكام النقض، س ١٦، ص ٩٩٧.

(٢) نقض ١٩٧٠/١٢/١٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ص ١٢٢٧، ١٩٨٣/٥/٢٣، س ٣٣، ص ٥٧٢.

مآلها ستنتهى إلى حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته قبل البائع وفى حالة تعدد البائع أو المشترى أو تعددهما معا، يجب رفعها على كل البائعين وكل المشترين جميعا دون إغفال أى منهم وإلا ترتب على هذا الإغفال سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة[1]. فإذا أخطأ فى شخص البائع أو المشترى أو لم يختصم أحد مما يجب إختصامه أو اختصم غير صاحب الصفة القانونية فى تمثيل أحدهما أو أحد هؤلاء فإنه يجب أن يصحح شكل الدعوى من حيث أشخاصها فى الميعاد وإلا حكم بعدم قبول الدعوى[2].

إذا كان عقد البيع الإبتدائى يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به سبب من أسباب الشفعة فإنه يكون من واجب الشفيع فى هذه الحالة أن يراقب ما يطرأ على أطراف العقد من تغيير فى الصفة والحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت إتخاذها[3] وبناء عليه إذا كان الشفيع لم يختصم فى الميعاد البائعين بأشخاصهم مع سبق إختصام والدهم بإعتباره وليا طبيعيا عليهم بالرغم من بلوغ سن الرشد فإن حقه فى الأخذ بالشفعة يكون قد سقط"[4].

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٣٥٢، ص ٨٢٦.

(٢) نقض ١٩٨١/٣/١٧، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٨٣٨.

(٣) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، ص ١٥١٤، ١٩٨٤/٢/٨، س ٣٥، ص ٤٢٨.

(٤) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠ السابق الإشارة إليه، ومع ذلك أنظر حكم جرئ لمحكمة النقض وجدت أن العدالة تمليه، نقض ١٩٩١/٥/٢٣، مجموعة أحكام النقض، س ٤٢، ص ١١٩٣، حيث قضت المحكمة بأنه "إذا كانت المطعون ضدها الأولى قد أقامت الدعوى على الطاعن العاشر عن نفسه وبصفته وصيا على الطاعن السابع وأنه رغم بلوغ الأخير سن الرشد أثناء سير الخصومة أمام محكمة أول درجة - على ما هو ثابت من شهادة ميلاده التى تدل على بلوغه سن الرشد فى ١٩٧٩/٣/١٢ - وقبل صدور الحكم الإبتدائى فى ١٩٨١/٤/٣٠ فإن الطاعن العاشر لم ينبه المحكمة إلى ما طرأ على حالة المذكور من تغيير وظل يحضر عنه رغم بلوغه سن الرشد مما يعد حضوره عنه أمام محكمة أول درجة منتجا لآثاره القانونية بعد أن أصبح تمثيله له قائما على أساس من النيابة الإتفاقية بعد أن كانت نيابته عنه قانونية، ولما كان ذلك وكان الطاعن العاشر قد التزم موقف التجهيل بالحالة التى طرأت على الطاعن السابع إلى ما بعد صور الحكم الإبتدائى عندما وجهت المطعون ضدها الأولى الاستئناف إليه بالصفة التى أقيمت بها الدعوى ابتداء والتى تحدد بموجب الحكم الصادر فيها أطراف الخصومة فى الإستئناف فإن إختصام الطاعن السابع فى الإستئناف ممثلا بواسطة الطاعن العاشر يعد إختصاما صحيحا منتجا لآثاره القانونية إذ ليس=

وعند توالى البيوع فإن الأمر يتوقف على تسجيل أو عدم تسجيل إعلان الرغبة، فإن كل البيوع التى تتم بعد تسجيل إعلان الرغبة لا تسرى فى حق الشفيع وبالتالى يظل حقه قائماً فى الأخذ بالشفعة بالنسبة للمشترى الأول وبالشروط التى اشترى بها ولكن هذا لا يمنع من أن يطلب الشفعة فى البيع التالى إذ كان له مصلحة فى ذلك، لأن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع، ولكن يجب فى هذه الحالة أن يباشر إجراءات مبتدأة فى مواجهة المشترى الثانى أو الأخير حسب الأحوال. ويراعى عند رفع دعوى الشفعة إختصام كل من يجب إختصامهم وإلا كانت دعواه غير مقبولة.

إذا لم يتم تسجيل إعلان الرغبة أو تم البيع قبل هذا التسجيل فى هذه الحالة. فإن البيع الثانى أو البيوع المتتالية تسرى فى حق الشفيع وبالتالى يجب على الشفيع إختصام المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى بصفته مشفوعاً منه ولا يلزم إختصام البائع الأول. وتطبق نفس القاعدة عند توالى البيوع. هذا ما لم يكن العقد الثانى صورياً ويطعن الشفيع فيه بالصورية فيجب عليه إختصام المشترى الثانى لحسم مسألة الصورية فى مواجهته على النحو السابق بيانه وفى هذه الحالة يجب مراعاة كل الإجراءات والمواعيد بالنسبة للبيع الأول وأن يختصم فى دعوى الشفعة طرفى هذا البيع البائع الأول والمشترى الأول.

وقاعدة وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ... وإلا سقط الحق فيها (م ٩٤٣ مدنى) تدل على أنه لابد لقبول دعوى الشفعة من إختصام الشفيع والبائع والمشترى فى أول درجة والإستئناف والنقض، سواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشترى، فإذا تعدد أى منهم وجب إختصامهم جميعاً كما يجب إختصام ورثة من يتوفى منهم، فإذا رفعها أيهم فى أى مرحلة من مراحلها تلك

=**للخصم أن يفيد من خطئه ولا أن ينقض ما تم على يديه"** وقد استمر الطاعن الأخير على موقف التجهيل أثناء سير الإستئناف إلى أن تمسك بذلك الدفع (الدفع بسقوط الحق فى الإستئناف بعدم إختصام الطاعن السابع فى صحيفة الإستئناف باعتباره أحد أطراف العقد المشفوع فيه بعد بلوغه سن الرشد قبل صدور الحكم المستأنف) بجلسة ١٩٨١/١/٢٧ فقامت المطعون ضدها بإعلان الطاعن السابع بأصل صحيفة الإستئناف فى ١٩٨٢/٢/١١، ثم أعادت إعلانه فى ١٩٨٢/١١/١٥ ومن ثم فقد استقامت إجراءات تمثيله وإختصامه أمام محكمة الإستئناف.

ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، بما مؤداه أن إختصام البائع أو ورثته فى الطعن بالنقض واجب قانوناً أياً كان موقفه من الخصومة فى درجتى التقاضى ولو أخذ منها موقفاً سلبياً"[1]. ولكن يجب مراعاة حكم المادة ٢/٢١٨ والمادة ٣/٢٥٣ من قانون المرافعات بالنسبة للطعن فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة.

فالمادة ٢/٢١٨ مرافعات تنص على أنه "إذا كان الحكم الصادر فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى إلتزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها إختصام أشخاص معينين (مثل دعوى الشفعة التى نحن بصددها)، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم، أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته، فإنه لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن بإختصامه فى الطعن، وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب إختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم".

هذا النص يعرض لحكمين:

- **الحكم الأول:** خاص بالطعن المرفوع فى الميعاد **من أحد المحكوم عليهم أو بعضهم دون الباقين**. هذا النص أجاز لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم منهم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته. فإذا لم يفعل ذلك فإن للمحكمة أن تأمر الطاعن بإختصامه أو إختصامهم فى الطعن فإن تقاعس عن ذلك قضت المحكمة بعدم قبول الطعن.

هذا الحكم يسرى على جميع طرق الطعن العادى منها وغير العادى تطبيقاً لذلك. إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً لصالح الشفيع ضد البائع والمشترى فإذا طعن أحدهما فى الحكم دون الآخر الذى فوت على نفسه الميعاد أو كان قد رضى بالحكم فإنه يجوز لهذا الأخير الطعن فى الحكم أثناء نظر

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٤، الطعن رقم ١٠٩٣، سنة ٥٤ ق، وهذا ما جرت عليه محكمة النقض فى جميع أحكامها ١٩٥٦/٢/٩، س ٧، ص ٢١٣ و١٩٦١/٤/١٧، س ١٢، ص ٤٢٠، ١٩٦٩/١/٢٥، س ١٩، ص ١٦٤، ١٩٨١/٣/١٧، س ٣٢، ص ٨٣٨، ١٩٨٨/١/٢٧، الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٣ ق. نقض ١٩٨٩/١/٢١ س ٤٠ ص ٥١٤ حيث قضت المحكمة بأن "دعوى الشفعة لا تقبل فى جميع مراحلها بما فيها مرحلة الطعن بالنقض إلا باختصام جميع أطرافها، البائع والمشترى والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم".

الطعن الذى أقامه الآخر فى الميعـاد وإن لـم يفعل ذلـك كـان للمحكمـة أن تـأمر الطاعن بإختصامه فإن إمتثل لذلك الأمر إستقامت الخصومـة وإن تقاعس عن ذلك حكمت بعدم قبـول الطعن وينطبـق نفس الحكم فـى التعدد، أى عند تعدد البائعين أو المشترين.

- الحكم الثانى: خاص برفع الطعن **على أحد المحكـوم لـهم أو بعضـهم فى الميعاد دون الباقين**. هذا النص أوجب إختصام الباقين ولو بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم.

هذا الحق تم تخصيصه بمقتضى نص المادة ٣/٢٥٣ مرافعـات بالنسبة للطعن بـالنقض حيث ينص علـى أن "تشمل الصحيفة علاوة علـى البيانـات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ...... فإذا لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلا وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه.

تطبيقا لذلك إذا كان الحكـم الصـادر فـى الإستئناف ضد الشفيع وقرر الطعن فيه بالنقض فإنه طبقا لهذا النص يجـب أن يذكـر أسماء جميـع خصومـه المحكوم لهم وصفاتهم وموطن كل منهم **فى صلب صحيفة الطعن ذاته وإلا كان باطلا**. مقتضى ذلك أنه لا يجدى الشفيع نفعا الإستناد إلى الحكم الوارد فى نهايـة الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ مرافعات ليستدرك ما فاته من عدم ذكـر أسم أحد الخصوم المحكوم لهم فى طلب صحيفة الطعـن ذاتـه بإختصامـه حتـى ولـو فـى الميعاد.

ومما تجدر ملاحظته أن حكم نص المادة ٢١٨/ ٢ مرافعات قاصر فقط على حالات عدم شمول خصومة الطعن إبتداء لمن كان يجب أن يكون من بيـن أطرافها. وعلى ذلك لا ينصرف حكم هذا النص إلى الحالة التى تشمل خصومة الطعن إبتداء على كل من يجب أن يكون من بين أطرافها ثم يبطل إختصام أحد أو بعض هؤلاء، أى لا يجوز الإستناد إلى هذا النص لفتح البـاب لإختصامـه أو إختصامهم من جديد حيث أن فى ذلك إهدار كل قيمة لجزاء البطلان المقرر فـى هذه الحالة وتحميل للنص فوق ما يحتمل[1].

---

(١) أنظر فى نفس هذا المعنى: عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ١٨٠، ص ٢٧٨.

ثالثا: المحكمة المختصة بدعوى الشفعة

تنص المادة ٩٤٣ مدنى على أن "ترفع دعوى الشفعة .... أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ... وإلا سقط الحق فيها". وعلى ذلك يكون القانون المدنى قد حدد المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى الشفعة وبالتالى يكون هذا حكم خاص واجب الإعمال دون قواعد قانون المرافعات فى هذه الخصوص. وهذا الإختصاص يتعلق بالنظام العام ومخالفته تؤدى إلى سقوط الحق فى الشفعة.

لكن لم يتعرض المشرع، من القانون المدنى، لتحديد المحكمة المختصة قيميا بنظر دعوى الشفعة. لذلك وجب الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات. طبقا لنص المادة ١/٤٢ من قانون المرافعات أن: "تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائيا فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لا تجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه ويكون حكمها إنتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز ألفى (٢٠٠٠) جنيه". وطبقا لنص المادة ١/٤٧ مرافعات أن: "تختص المحكمة الإبتدائية بالحكم إبتدائيا فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من إختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها إنتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز عشرة آلاف جنيه".[1]

ولكن كيف يتم تقدير قيمة دعوى الشفعة" الإتجاه السائد فى الفقه أن يتحدد قيمة دعوى الشفعة بمقدار الثمن المذكور فى عقد البيع المشفوع فيه[2] على أساس أن دعوى الشفعة هى دعوى بالحلول فى تعاقد هو حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه وإلتزاماته الناشئة عن عقد البيع وليست من "الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات" التى تتحدد قيمتها بقيمة العقارات إذ لا يتحقق تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه إلا من بعد ونتيجة للحلول المذكورة[3].

---

(١) معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(٢) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٤٥٣، ص ٤٤٥، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢١٩، ص ٦٧٥، لبيب شنب، فقرة ١١٢، ص ١١٥، جمال الدين زكى، فقرة ٦٢٣، ص ٤٨١، حسن كيرة، فقرة ٣٥٣، ص ٦٢٩.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٥٣، ص ٦٣٠، وأشار إلى حكم نقض ١٩٨٣/٦/٢١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٤، رقم ٢٨٦، ص ١٤٥٥.

ويذهب بعض الفقهاء[1] إلى أن دعوى الشفعة تقدر قيمتها بقيمة العقار (م ٣٧ مرافعات). على أساس أن دعوى الشفعة وإن لم تكن دعوى ملكية، إلا أنها تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه. وهذا ما أكدته أيضا المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى تعليقها على المادة ٣٧ من أن المشرع إختار إصطلاح الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات حتى لا تنصرف إلى مجرد الدعاوى العينية العقارية، وإنما لكى تشمل دعاوى الشفعة وغيرها من الدعاوى التى تتصل بالملكية ولا تعد من قبيل الدعاوى العينية العقارية".

ونحن نميل إلى الرأى الثانى لأن معيار تحديد قيمة الدعوى سيكون أكثر إنضباطا وخاصة وأن الثمن المذكور فى العقد المشفوع فيه غالبا ما يكون صوريا ويطعن بصوريته. كما أنه إذا كان القانون المدنى لم يتعرض للإختصاص القيمى بنص خاص كما فعل بالنسبة للإختصاص المحلى فإن المرجع فى تحديد الإختصاص القيمى يكون قانون المرافعات والرأى الثانى هو الذى يتفق مع قواعد هذا القانون. وقد كانت محكمة النقض تأخذ بالرأى الأول ولكن يبدو أن المحكمة قد عدلت فى أحكامها الأخيرة عن هذا الرأى وأخذت بالرأى الثانى الذى نرجحه[2].

المبحث الثالث

سقوط الشفعة

تمهيد:

تنص المادة ٩٤٨ مدنى على أنه: "يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية:

أـ إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

ب- إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

---

(١) أحمد أبو الوفا ـ التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، المجلد الأول ـ المرافعات المعارف، ١٩٦٩، ص ١٣٠، عزت حنورة، فقرة ١٧٨، ص ٢٧١ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٨٣/٢/١٩، الطعن رقم ١٥٨، سنة ٥٩ق، ١٩٨٤/١١/٢١، طعن ١١٦ سنة ٤٩ق، والحكم الأخير مشار إليه فى عزت حنورة، فقرة ١٧٨؛ ص ٢٧٢، هامش ٢٤. وقد صدر أخيرا حكما حاسما من محكمة النقض بكامل هيئتها، الطعن رقم ٣١٢، سنة ٥٧ ق في ١٩٨٨/٤/٢٧، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥، ص ٣٧، قرر الأخذ بهذا الرأى. نقض ١٩٨٨/١٢/٢٩، الطعن رقم ٢٥٨٠، لسنة ٥٥٦ ق .

جـ ـ فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون" المشرع لم يرد أن يحصر حالات سقوط الشفعة فى هذا النص وإنما ذكر ما كان يمكن أن يثور الشك حوله، كنزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وحالة ما إذا لم يكن هناك إنذار فقرر ميعاد سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة وهو الأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع. أما أسباب السقوط الأخرى فقد سبق أن رأيناها على مدار دراستنا لشروط وإجراءات الشفعة. فرأينا أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط إذا لم يقم الشفيع بإعلان رغبته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار، إذا مضى خمسة عشر سنة على البيع دون إعلان الرغبة خلالها. أو عند زوال حق الشفيع أو إنتقاله إلى الغير أو تغيير محله بما يؤدى إلى تخلف سبب الشفعة، إذا ترتب على بطلان إجراء من إجراءات الشفعة، وعند مخالفة أحكام إيداع الثمن، وأحكام رفع الدعوى، على النحو السابق بيانه. ولم يبق لنا إلا التعرض بالتفصيل لنزول الشفيع عن حقه، وأثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة.

أولا: نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة

سبق أن رأينا أن حق الشفعة حق إستثنائى تقرر على خلاف الأصل والقياس. كما أن هذا الحق الإستثنائى يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية ولذلك أجاز المشرع نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨/ أ مدنى). وبذلك جعل النزول عن حق محتمل جائز حتى يضيق من إستعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع.

وسنعرض للتعريف بالنزول عن حق الأخذ بالشفعة، ثم نبين نطاقه، وأخيرا كيفية التمسك به.

١- التعريف به:

أ- ماهيته: النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يؤدى إلى سقوط هذا الحق.

وهذا النزول لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م ٩١ مدنى).

ب- صوره وشكله: وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل[١] وقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا[٢]. والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة، باللفظ أو بالكتابة أو إتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود[٣]. وحيث أن النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه عندما يكون ضمنيا يجب أن يستخلص بوضوح من الظروف[٤]. أى يجب التشدد والحيطة فى إستخلاص التعبير الضمنى[٥] تراخى الشفيع فى إعلان رغبته فى الشفعة لا يفيد بذاته نزولا عن حقه ما لم يقترن بعمل أو تصرف يستفاد منه بوضوح دلالته على النزول[٦].

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩، ص ٣٥٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦، ص ٤٦٦.

(٢) نقض ١٩٨٢/١١/١١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣، ص ٨٩٧، ١٩٨٨/١١/١٥، الطعن رقم ١٣٩٠، سنة ٥٦ ق.

(٣) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩، الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥٤ ق. حيث قضت المحكمة بأنه: "لئن كان تراخى الشفيع فى إتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزوله عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخى ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن إستعمال حق الشفعة - بإتيانه عملا أو تصرفا أو إتخاذ موقفا لا يدع مع ترخيه - مجالا للشك فى دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمنيا عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمنى حقه فيها عملا بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى". والمحكمة تخلط بين إستخلاص التعبير الضمنى بوضوح من الظروف وبين إتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود باعتباره تعبيرا صريحا لا ضمنيا.

(٤) نقض ١٩٩٤/١/١٩ س ٤٥ ص ٢٠٤، ١٩٩٥/١٠/٢٥ الطعن رقم ٦٧٠٣ لسنة ٦٤ ق، مجلة القضاة السنة ٢٩ العدد الأول ص ٣٨٦.

(٥) نقض ١٩٩٤/١٠/٢٥ السابق الإشارة إليه حيث يضيف "…. أو موقف لا يدع مع تراخيه هذا مجالاً للشكل فى دلالته على التنازل" سبق أن رأينا أن ذلك صورة من صور النزول الصريح لا النزول الضمنى، وكان يكفى للمحكمة أن تقول فى هذا الصدد "عمل أو تصرف أو موقف يستفاد منه بوضوح دلالته على النزول".

(٦) نقض ١٩٧٨/١/١٠، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ١١٥، ١٩٨٠/٥/٢٩، س ٣٢، ص ١٦٠٥، ١٩٨١/١/٨، س ٣٢، ص ١٣٢، ١٩٨٢/١١/٢٤، س ٣٣، ص ١٠٣٩، ١٩٨٤/١١/٢٥، س ٣٥، ص ١٨٩٤، نقض ١٩٨٨/١١/١٥، الطعن رقم ١٣٩٠، سنة ٥٦، نقض ١٩٩٢/١٢/١٠، الطعن رقم ٥٤ سنة ٥٨ ق. وقد أكدت المحكمة فى هذا الحكم ما تواترت على ترديده فى الأحكام السابقة مع تعديل فى صياغته بقولها بأن: "النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ١- بصدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته فى عدم إستعمال هذا الحق وإعتبار المشترى مالكاً نهائياً للمبيع، أو إتخاذه موقفاً يكشف بوضوح فى دلالته عن هذا النزول وأنه وإن كان إستخلاص ذلك من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الإستخلاص سائغاً مستمداً مما له أصل ثابت بأوراق الدعوى".

هذا النزول لا يلزم فيه شكل خاص حتى ولو كان أثناء سير الدعوى، فلا يشترط فى هذه النزول أن يكون مسبوقا بإبداء ترك الخصومة وفقا للطريق الذى رسمه قانون المرافعات.

وذلك لأن النص على النزول ورد عاما مطلقا فلا محل لتقييده بشكل معين أثناء سير الدعوى. وفى القول بتطلب هذا الشرط إستحداث لحكم مغاير لم يأت به النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٩٤٨/أ مدنى أجازت النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولا منهم عن حقهم فى أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين فى نظام تمليك الطوابق والشقق"(٢).

٢- نطاقه:

وسنعرض هنا لنطاق النزول من حيث الزمان، ثم نعرض بعد ذلك لنطاقه من حيث الأشخاص.

أ- نطاق النزول من حيث الزمان:

والنزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قد يكون مقدما قبل البيع. وقد كان القضاء المصرى فى ظل قانون الشفعة السابق يذهب إلى عدم جواز النزول مقدما عن الشفعة، لأنه لا يصح النزول عن حق قبل نشوئه، وذلك وفقا لما يذهب إليه الفقه الإسلامى(٣).

وقد اتجهت محكمة النقض مع ذلك إلى جواز النزول مقدما عن الحق فى الأخذ بالشفعة "ولا يغير من هذا النظر أن محل الإلتزام حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدما كنه هذا الحق ومداه وأثر النزول عنه"(٤)، ثم جاء القانون المدنى الحالى بنص صريح فى هذه المسألة يجيز هذا النزول ولو قبل

---

(١) نقض ١٩٧٤/٣/١٤ س ٢٥ ص ٥٠٢، ١٩٨٢/١١/٢٤ س ٣٣ ص ١٠٣٩.
(٢) نقض ١٩٨٢/١١/١١ س ٢٩ ص ١٤٢٤، ١٩٨١/٤/١٩ س ٣٢ ص ٨٧٨.
(٣) محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٥٣٦، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٣٥٠، السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٣، ص ٤٥٤.
(٤) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠، مجموعة أحكام النقض، س ٣، ص ٦٥٨.

البيع[١] حتى يستطيع المشترى أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء[٢].

والغالب فى الحياة العملية أن يتم النزول عن الأخذ بالشفعة مقدما. فقد يحصل هذا النزول بمقتضى إتفاق بين المشترى والشفيع قبل أن يقدم المشترى على الشراء. وقد يكون مجرد شرط فى العقد ذاته الذى تملك الشفيع بموجبه العقار الذى يشفع به. ومثل ذلك ما يجرى عليه العمل فى العقود التى تبرمها شركات إستصلاح الأراضى حيث أنها تشترط على من يشترى قطعة من أراضيها النزول مقدما عن الحق فى الأخذ بالشفعة فى بيع القطع الأخرى[٣].

وقد قضت محكمة النقض[٤] بأن "النص فى المادة ٩٤٨ من القانون المدنى على أنه "يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية: .... إذا نزل الشفيع عن حقه بالأخذ بالشفعة ولو قبيل البيع ...... "يدل على أن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن إستعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا، أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد الرغبة فى عدم إستعمال حق الشفعة".

ويجوز للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد إعلان الرغبة[٥]. ويظل له الحق فى النزول إلى أن يثبت الحق فيها رضاء أو قضاء[٦]. أما بعد ذلك فلم يعد هناك حق فى الشفعة يجوز النزول عنه وإنما أصبح الشفيع طرفا فى عقد البيع المشفوع فيه وبعد تسجيل العقد أو الحكم أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه.

والنص فى عقد البيع على تنازل المشترى عن إستعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو إستثناء من الأصل العام الذى يجيز

---

(١) المقصود منه جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة وبذلك يكون القانون قد حسم النزاع فى هذا الصدد نقض ١٩٦٠/٣/١٠ س ١١ ص ٢١٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٤٤.

(٣) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠، س ٣، ص ٦٥٨، ١٩٥٥/٢/١٧، س ٦، ص ٧١٨.

(٤) نقض ١٩٨٦/٥/٦ س ٣٧ ص ٥١٥.

(٥) أنظر حسن كيرة، فقرة ٣٦٧، ص ٦٤٥، حيث يرى النزول عن الشفعة يظل جائزا للشفيع إلى حين إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة.

(٦) محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٣٤٧، ص ٥٧٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩ ص ٣٥٣ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨.

الشفعة فى نطاق الحدود التى بينها القانون فلا يجوز التوسع فى تفسيره[1] فإذا كان التنازل عن حق الشفعة مقصور على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة فإن هذا لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشترى هذه الأرض[2].

ب- نطاق النزول من حيث الأشخاص:

إذا نزل الشفيع عن الحق فى الأخذ بالشفعة فإن هذا النزول يؤدى إلى عدم جواز مطالبته بالأخذ بالشفعة لسقوط الحق فيها، وهذا أمر مفهوم وواضح ولكن ما مدى أثر هذا النزول بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص؟

- بالنسبة للخلف العام فإن النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة يعتبر من قبيل الإلتزامات وبالتالى يعتبر دينا فى تركة المورث ويسأل عنه الورثة فى حدود هذه التركة ويجب الوفاء به عينا قبل أن يخلص له حقه فى تلك التركة. وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عن الأخذ بالشفعة كأن اشترى عقار والتزم فى عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار وبعد الوفاة اختص أحد الورثة بهذا العقار، ثم حدث أن بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فإنه لا يجوز لهذا الوارث أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن ثبت الحق فيها وذلك لسبق نزول المورث عنها، أما إذا كان المورث قد نفذ الإلتزام بعدم طلب الشفعة فى حياته فإن تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فيه فلا يكون على الورثة شئ، وإذا توفر لهم سبب من أسباب الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذى سبق وأن نزل المورث عن حق الأخذ بالشفعة فيه، فإنه يجوز لهم الحق فى الأخذ بالشفعة.

- أما بالنسبة للخلف الخاص، وهو من يتلقى من سلفه مالا معينا أو حقا عينيا كان قائما فى ذمة السلف، كالمشترى والموهوب له والموصى له بعين معينة ... إلخ. ومثال ذلك اشترى شخص قطعة أرض مستصلحة من شركة إستصلاح الأراضى والتزم فى عقد الشراء بعدم المطالبة بالشفعة عند بيع الشركة للقطع المجاورة، ثم قام المشترى ببيع هذه القطعة التى اشتراها إلى مشتر ثان فهل يتقيد هذا المشترى بالنزول الصادر من سلفه؟

---

(١) نقض ١٩٥٥/٢/١٧ السابق الإشارة إليه.

(٢) نقض ١٩٥٢/٣/٢٠ س ٣ ص ٦٥٨.

يذهب الرأى السائد فى الفقه، بحق، إلى أن المشترى الثانى يتقيد بالنزول الصادر من سلفه طبقا لنص المادة ١٤٦ مدنى والتى تنص على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته. وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه".

وتعتبر الإلتزامات التى عقدها السلف من مستلزمات الشئ إذا توافرت فيها شروط ثلاثة:

١- أن يكون الإلتزام محددا للشئ أى يقيد من إستعماله أو يحد من سلطات المالك عليه.

٢- وأن يكون ليس فى الوسع أن ينفذه عينا إلا من انتقل إليه الشئ.

٣- وأن يكون الشئ هو محل الإعتبار فى تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف(١).

وعلى ضوء ذلك نجد أن النزول عن الشفعة مقتضاه الإلتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الإلتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل فى مباشرة رخصة من الرخص التى تثبت له بوصفه مالكا، فهو من هذا يحد من حرية الإنتفاع بالمال ومن رخصة تملك هذا الشئ ومن ثم يعتبر محددا للشئ، كما أن تنفيذ هذا الإلتزام عينا لا يمكن أن يكون إلا من جانب مالك الشئ، وأن هذا الإلتزام تقرر بالنظر إلى العقار المشفوع به لا إلى شخص الشفيع، لكل ذلك يعتبر هذا الإلتزام من مستلزمات الشئ وبالتالى ينتقل هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص(٢) وبشرط أن يكون الخلف الخاص عالما بهذا الإلتزام.

٢- كيفية التمسك به:

ويتم التمسك بالنزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة فى صورة دفع يدفع به البائع أو المشترى دعوى الشفعة التى يرفعها الشفيع. وهذا الدفع يجب أن

---

(١) أنظر مؤلفنا مصادر الإلتزام، ص ٣٠٩.

(٢) عبد المنعم البدرواى، فقرة ٤٦١ ص ٤٧٧، إسماعيل غانم جـ ٢ ص ٤٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩ ص ٣٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ص ٤٧٠، أنظر عكس ذلك محمد على عرفة جـ ٢ فقرة ٣٤٨ ص ٥٧٥، عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٢٧٢ ص ٣٨١، حسن كيرة. فقرة ٣٦٧ ص ٦٤٥، عزت حنورة فقرة ١٨٤ ص ٢٩٠.

يبدى فى صيغة صريحة جازمة تقرع سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفوع التى قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه[1].

والدفع بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لا يجوز أن يتمسك به المشترى لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

ثانيا: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة

وهذا يتعلق بالفرض الذى يموت فيه الشفيع قبل أن يتم الأخذ بالشفعة، فالسؤال هل هذا الحق يسقط بالوفاة، أم أنه ينتقل إلى الورثة بإنتقال العقار المشفوع به؟

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى ينص صراحة على إنتقال الشفعة بالميراث، ثم عدل هذا النص فى لجنة المراجعة وأصبح يقضى بعدم إنتقال الحق فى الشفعة. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إحتدم النقاش حول توارث حق الأخذ بالشفعة أدى فى النهاية إلى حذف النص وترك حكمه لاجتهاد القضاء[3].

والفقه مختلف حول هذه المسألة[4] ولكن الرأى السائد فقها[5] وقضاء[6] يذهب إلى أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، وإنما ينتقل إلى ورثته.

---

(١) نقض ١٩٧٥/١١/١٦، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٤٨٢.

(٢) نقض ١٩٥٦/٣/١٥، مجموعة أحكام النقض، س ٧، ص ٣١٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٤) أنظر عرض تفصيلى لهذا الإختلاف فى الفقه الإسلامى وفقه القانون المدنى السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٦٣، ص ٤٥٢ وما بعدها.

(٥) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٠، ص ٣٥٧، عبد المنعم فرج الصدة، ٢٠ فقرة ٢٨٨، ص ٤٧٥، لبيب شنب، فقرة ١٠٢، ص ١٠٦، حسن كيرة، فقرة ٣٦٩، ص ٦٤٦ ـ ٦٤٨.

(٦) نقض ١٩٥٧/٣/٧، مجموعة أحكام النقض، س ٨، ص ٢١٤، ١٩٨١/٢/٢٤، س ٣٢، ص ٦١١، ١٩٨٧/١٠/٢١، الطعن رقم ١٧١٠ لسنة ٥٤ ق.

المبحث الرابع
آثار الشفعة

تمهيد وتقسيم:

إذا توفر سبب من أسباب الشفعة وشروطها فإن الشفيع يبدأ إجراءات الشفعة بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى فإن المشترى يمكن أن يستجيب إلى هذه الرغبة وبالتالي تتم الشفعة بالتراضى وقد لا يستجيب المشترى لهذه الرغبة فيضطر الشفيع أن يستكمل الإجراءات ليحصل فى النهاية على حكم يثبت له حقه فى الشفعة.

فإذا ما ثبت الحق فى الشفعة رضاء أو قضاء فإنه يترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشترى فما له من حقوق وما عليه من إلتزامات فى مواجهة البائع. وينشأ عن هذه الحلول عدة آثار سواء على مستوى العلاقة بين المشترى والشفيع، أو فى العلاقة بين الشفيع والبائع، أو فى العلاقة بين الشفيع والغير الذى تصرف له المشترى فى العقار أو الذى رتب له حقا عينيا عليه.

على ضوء ما تقدم يجب أن نعرض فى مطلب أول، لثبوت الحق فى الشفعة وأثره، ثم فى مطلب ثان، لآثار حلول الشفيع محل المشترى. ولنر كل ذلك بشئ من التفصيل.

المطلب الأول
ثبوت الحق فى الشفعة وأثره

وسنعرض هنا لثبوت الحق فى الشفعة رضاء أو قضاء، ثم نبين أن الأثر المباشر لذلك هو حلول المشترى محل الشفيع.

أولا: ثبوت الحق فى الشفعة رضاء أو قضاء

وبحسب تسلسل الأحداث أن إجراءات الشفعة تبدأ بإعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشترى فرأينا أن المشترى قد يستجيب لهذه الرغبة ويتم التراضى على الشفعة، وقد لا يستجيب إلى هذه الرغبة فيضطر الشفيع المضى فى إجراءات الشفعة إلى أن يحصل على حكم يثبت له الحق فيها. ولنعرض لكل من الفرضين:

١- ثبوت الشفعة بالتراضى:

عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق فى جانبه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يلج إجراءات الشفعة ويبدأ بالإجراء الأول والبديهى وهو إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. وبذلك يكون الشفيع قد عبر عن إرادته بوضوح فى رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة. فى مواجهة هذا الموقف قد يقبل المشترى بالخروج من عقد البيع المشفوع فيه وإحلال الشفيع محله فتقع الشفعة.

لكن كيف تتم الشفعة بالتراضى من الناحية القانونية؟ ونحن نرى أنه يكفى لإتمام الشفعة من الناحية القانونية والفنية رضاء المشترى بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى مواجهة البائع[1]. لكن تمام الشفعة على هذا النحو لا يجعلها نافذة فى حق البائع إلا بإجراءين معا: الإجراء الأول بإعلانه الرغبة إذا هذا الإعلان وحده يكفى لنفاذ هذه الحلول بالنسبة لما للمشترى من حقوق طبقا للقواعد العامة. حيث يستوى لدى البائع أن يكون دائنه المشترى أو الشفيع خاصة وأن عقد البيع ليس من العقود ذات الإعتبار الشخصى. لكن بالنسبة لنفاذ حلول الشفيع فيما على المشترى من إلتزامات لا يكفى فيه هذا الإعلان وإنما يلزم له الإقرار من جانب البائع إذ شخص المدين دائما وأبدا محل إعتبار من جانب الدائن فإذا توفر ذلك فإن الشفعة تكون قد تمت صحيحة نافذة وملزمة لكل من الشفيع والمشترى والبائع. ولذلك لا يحق للبائع أن ينازع فى ذلك فيما بعد[2] وبالتالى تستقر الشفعة للشفيع ويثبت له حقه فى أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة مالم يكن المشترى قد سجل عقده إذ سيعتبر الشفيع خلفا خاصا للمشترى كما سنرى فيما بعد[3].

وعلى ذلك نرى أنه يجب التفرقة من الناحية الفنية بين تمام الشفعة، إذ يكفى فيه رضاء المشترى، ونفاذ الأخذ بالشفعة فى حق البائع حيث لا يتم هذا النفاذ إلا بإقرار البائع وهذا الإقرار لازم بالنظر لحلول الشفيع محل المشترى

---

(١) قارن السنهورى، الوسيط، جـ ١، فقرة ٢٢٥، ص ٧٠١، ٧٠٢.

(٢) محمد لبيب شنب، يرى أن رضاء المشترى يغني الشفيع عن رفع الأمر للقضاء إلا إذا نازع البائع فى إستحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة، فقرة ١٠٧.

(٣) قارن مصطفى الجمال، فقرة ٣١٦، حيث يرى أنه إذا لم يكن قد تم تسجيل العقد المشفوع فيه فإنه يلزم موافقة كل من البائع والمشترى، أما إذا كان هذا العقد قد سجل فيكفى موافقة المشترى للشفيع على الأخذ بالشفعة.

فيما على هذا الأخير من إلتزامات فى مواجهة البائع. أما الحلول محل المشترى فيما له من حقوق فيكفى فيه إعلان الرغبة إلى البائع الذى سيظل قائما إلى أن تتم الشفعة رضاء أو المضى فى باقى الإجراءات لتتم قضاء. وهذا الإتفاق على إتمام الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. وإذا تقاعس أى من البائع أو المشترى فى تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية يستطيع الشفيع أن يلجأ إلى دعوى صحة ونفاذ الإتفاق ليحصل على حكم فيها يقوم بتسجيله لتنتقل الملكية بهذا التسجيل ومن وقت القيام به إلى الشفيع[١].

٢- ثبوت الشفعة بالتقاضى:

الفرض الغالب أن المشترى لا يستجيب لرغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة وعندئذ يجب على الشفيع المضى فى الإجراءات على النحو السابق بيانه والتى تنتهى برفع دعوى الشفعة أمام القضاء فى هذه الحالة ينظر القضاء دعوى الشفعة طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات إلى أن ينهى الأمر بصدور حكم فيها. بمجرد أن يصبح هذا الحكم نهائيا بثبوت الشفعة فإنه يعتبر سندا لملكية الشفيع[٢]، وبالتالى يجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار إلى الشفيع (م ٩٤٤ مدنى).

ويذهب الرأى السائد فقها[٣] وقضاء[٤] إلى إعتبار أن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع وليس مقررا له. وهذا الرأى يتفق مع نصوص القانون المدنى فى

---

(١) ويذهب رأى آخر إلى أن تمام الشفعة رضائيا يجب أن يتم بموافقة أطرافه الثلاثة البائع والمشترى والشفيع، كما هو الحال بالنسبة للشفعة القضائية، عزت حنورة، فقرة ١٩٢، ص ٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) نقض ١٩٩٤/١/١٩ س ٤٥ ص ٢٠٤.

(٣) أنظر محمد كامل مرسى، جـ ٣، فقرة ٤٨٣، ص ٤٦٩ ـ ٤٧١، شفيق شحاته، فقرة ٢٧٦ وما بعدها، ص ٢٨٤ وما بعدها، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٩٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٢، ص ٣٥٩ وما بعدها، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٩١، ص ٤٧٩ وما بعدها، عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣١٠، ص ٤١٠ وما بعدها، محمد لبيب شنب، فقرة ١١٥، ص ١١٨ وما بعدها، وقارن السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٣٤، ص ١٥٤١، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ١١٥، ص ١١٨ وما بعدها، أنور سلطان، تعليق فى مجلة الحقوق، س ٢، ص ٦٦٩ وما بعدها. حسن كيرة، فقرة ٣٧١، ص ١٥٠، وفقرة ٣٧٥، ص ٩٥٥، ٦٥٦.

(٤) نقض ١٩٥٩/٥/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ض ٤٢٦، ١٩٦٤/٤/٩، س ١٥، ص ٥١٦، ١٩٧٠/٣/١٩، س ٢١، ص ٤٧٠، ١٩٨٤/١/١٩، س ٣٥، ص ٢٣٤، ١٩٨١/٣/١٢، س ٣٢، ص ٧٨٦.

هذا الصدد (م ٩٤٤ مدنى) كما أنه يتفق وحقيقة الواقع لأن الشفعة تؤدى إلى نزع العقار المشفوع فيه من المشترى على خلاف سنده الذى يخول له حق تملك هذا العقار هذا الوضع الجديد لا يمكن أن يتم إلى بالتراضى أو بحكم القاضى. فالحكم لم يقرر وضعا قائما وإنما أنشأ وضعا جديدا خلافا لهذا الوضع القائم.

وعلى ذلك فإن الشفيع يتملك المبيع من وقت تسجيل الحكم بالشفعة أو تسجيل الإتفاق على الأخذ بالشفعة وما يترتب على ذلك من آثار على النحو الذى سوف نراه فيما بعد.

ثانيا: حلول الشفيع محل المشترى

١- مصدر الحلول:

بمجرد أن يتم التراضى على الأخذ بالشفعة أو بصدور حكم بثبوت الحق فى الشفعة يحل الشفيع محل المشترى فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات فى مواجهة البائع[١].

وفى ذلك تنص المادة ١/٩٤٥ مدنى مصرى على أنه: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه وإلتزاماته".

٢- وقت الحلول:

يتم حلول الشفيع محل المشترى من تاريخ الحكم المثبت للشفعة[٢] أو من وقت التراضى على الأخذ بالشفعة. ويذهب بعض الفقهاء إلى هذا الحلول يتم من تاريخ إنعقاد عقد البيع المشفوع فيه وذلك على إعتبار هذا العقد مقررا لا منشئا[٣]. ويذهب البعض الآخر إلى أن وقت الحلول يتحدد بتاريخ إعلان الرغبة[٤].

---

(١) انظر حسن كيرة، فقرة ٣٧١، ص ٦٥١ وما بعدها، حيث يرى أن المصدر المنشئ لحلول الشفيع محل المشترى هو الإرادة المنفردة للشفيع. وبالتالى يعتبر التسليم بالشفعة من جانب المشترى أو صدور حكم من القاضى مجرد تقرير لترتب الحلول بإعلان الإرادة. وفى نفس هذا المعنى السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٢٥، ص ٧٠٢.

(٢) نقض ١٩٩٤/١/١٩ س ٤٥ ص ٢٠٤.

(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٢٥، ص ٧٠٣، وفقرة ٢٢٦، ص ٧٠٥، وفقرة ٢٣١، ص ٧٣١.

(٤) محمد كامل مرسى، جـ ٣، ص ٤٦٧، هامش ١، أنور سلطان، التعليق السابق، ص ٧١٤ وما بعدها، محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٣١٦، ص ٥٣٦، حسن كيرة، فقرة ٣٧٢، ص ٦٥٣.

٢- المقصود بالحلول:

يقصد بالحلول أن الشفيع يحل محل المشترى فى مركزه العقدى، أى فيما له من حقوق وإلتزامات ودعاوى قبل البائع. وهذا يعنى أن الشفيع يحل محل المشترى فى نفس العقد المشفوع فيه حيث لم يتغير فى الرابطة العقدية إلا أحد أطرافها وهو المشترى مع بقائها على حالها، إذ يصبح الشفع بدلا منه هو الطرف الأخر قبل البائع فى هذه الرابطة العقدية، وبالتالى لم ينشأ عقد بيع جديد لمجرد هذا التغيير فى أطراف الرابطة العقدية[1] وهذا ليس بجديد فى القانون المدنى.

الحلول فى حالة ما إذا كان العقود المشفوع فيه مسجلا:

فى هذه الحالة يعتبر الشفيع خلفا خاصا للمشترى يتلقى منه العقار المشفوع فيه مباشرة، ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب المشترى بكل الإلتزامات الناشئة عن العقد المشفوع فيه. وعلى ذلك يعتبر الشفيع أنه قد إشترى من المشترى ويكون للشفعة بينهما آثار البيع المشفوع فيه نفسه. فالحلول فى هذه الحالة يتمثل فقط فى الحلول فى آثار العقد المشفوع فيه الذى أصبح يربط بين المشترى والشفيع.

المطلب الثانى

آثار حلول الشفيع محل المشترى

يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه وإلتزاماته (م ٩٤٥/ ١ مدنى) ولهذا الحلول آثار سواء فى العلاقة بين المشترى والشفيع، أو فى العلاقة بين الشفيع والبائع، أو فى العلاقة بين الشفيع والغير. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أولا: فى العلاقة بين الشفيع والمشترى

الفرض أنه قد تم تنفيذ العقد المشفوع فيه:

وهذه العلاقة تتجسد فيها أهم آثار الأخذ بالشفعة. وهذه العلاقة لا تظهر أهميتها بشكل جلى وواضح إلا إذا تم تنفيذ عقد البيع المشفوع فيه، إذ فى هذه

---

(١) أنظر شفيق شحاته، فقرة ٢٧٧، ص ٢٨٦ وما بعدها، حيث يرى أن هناك عقدا جديدا قد تم.

الحالة سيترتب الحلول أثره بأن يقوم المشترى بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وفى مقابل ذلك يسترد المشترى الثمن وملحقاته من الشفيع.

١- التزام المشترى بتسليم العقار للشفيع:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، رضاء أو قضاء، فإنه يجب على المشترى تسليمه العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع(١). وعلى ذلك يجب أن نعرض لمصير ما أقامه المشترى من بناء أو غراس، ثم نقف على من تقع تبعة الهلاك بعد الأخذ بالشفعة، وأخيرا نعرف مدى حق الشفيع فى ثمار هذا العقار.

أ- ما مصير ما أقامه المشترى من بناء أو غراس؟

والفرض هنا أن المشترى قد تسلم العقار ليس هذا فحسب وإنما أقام عليه بناء أو غراس(٢) مما يطرح تساؤلا هاما عن مصير هذا البناء أو الغرس. لمعرفة الحكم فى هذه الحالة يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا بنى المشترى فى العقد المشفوع فيه أو غرس فيه قبل إعلان الرغبة فى الشفعة. كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (م ٩٤٦/ ١ مدنى). ويعتبر هذا حكم خاص بالنسبة لأحكام الإلتصاق، حيث أن الشفيع ليس له أن يطلب الإزالة، كما أن الخيار معقود للمشترى وبالتالى سيختار أكبر القيمتين المذكورتين ويكون الشفيع ملزما بدفعها. وبذلك يكون المشترى أفضل من مركز من بينى أو يغرس فى ملك غيره وهو حسن النية حيث يخير مالك الأرض الذى يتملك بالإلتصاق بين القيمتين المذكورتين (م ٩٢٥ مدنى) وهو يختار بداهة أقل القيمتين.

الفرض الثانى: إما إذا كان البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا إختار أن يستبقى البناء أو الغراس

---

(١) إذا كان المشترى قد قام بتسجيل عقده فإنه يقع عليه فى هذه الحالة إلتزام بنقل ملكية العقار المشفوع فيه بصفة خاصة إذا كان الأخذ بالشفعة قد تم رضاء على النحو السابق بيانه.

(٢) نقض ١٩٧٩/٣/٥، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ع١، ص ٧٠٨، فإن ذلك لا يحول دون الحكم للشفيع بأحقيته فى الشفعة طالما توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية، والمشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة م ٩٤٦ مدنى.

فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس" (م ٩٤٦/ ٢ مدنى). ويعتبر هذا حكم خاص أيضا بالنسبة لأحكام الإلتصاق، حيث أن مركز المشترى، أفضل من مركز من يبنى أو يغرس فى ملك الغير وهو سئ النية، إذ فى هذه الحالة الأخيرة يلتزم مالك الأرض، إذا اختار إستبقاء المنشآت بأن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة واما مازاد فى ثمن الأرض، (م ٩٢٤ مدنى) وهو يختار الأقل بطبيعة الحال.

ب- على من تقع تبعة الهلاك؟

الأصل فى العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية تقع تبعة الهلاك على المدين بالإلتزام بالتسليم. وعلى ذلك إذا هلك العقار بقوة قاهرة قبل أن يتسلمه الشفيع أو قبل إعذاره بتسلمه فتكون تبعة الهلاك على المشترى ويسترد الشفيع الثمن المودع من خزانة المحكمة. أما إذا كان العقار قد هلك بعد تسلمه من جانب الشفيع أو بعد إعذاره بتسلمه فإن تبعة هذا الهلاك تقع على الشفيع ولا يحق له أن يسترد الثمن المودع من خزانة المحكمة إذ يصبح هذا الثمن من حق المشترى.

جـ- ما مدى حق الشفيع فى ثمار العقار؟

الأصل أن ثمار العقار الذى أخذ بالشفعة من حق الشفيع. لكن من متى يكون له الحق فى هذه الثمار؟ اختلف الفقه حول هذا الموضوع. فهناك رأى يذهب إلى أن الشفيع له الحق فى هذه الثمار من وقت إنتقال الملكية، أى من تاريخ الحكم النهائى بالشفعة[1]. وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض[2]. ومن يرى أن وقت التملك يكون من وقت إنعقاد العقد فإنه يطبق نفس الحكم على الثمار، ولكن يعفى المشترى - باعتباره حائزا حسن النية - من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان الرغبة[3] وعند من يقول بالتملك من تاريخ رفع دعوى الشفعة، تكون الثمار مستحقة من هذا التاريخ[4].

---

(١) عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣١، ص ٤١٢، عزت حنورة، فقرة ٢١٩، ص ٣٥٩ وما بعدهما.

(٢) نقض ١٩٥٩/٥/١٤، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٤٢٦، ١٩٦٤/٤/٩، س ١٥، ص ٥١٦.

(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٩، فقرة ٢٤٥، ص ٧٧٣ وما بعدها.

(٤) محمد على عرفة، جـ ٢، فقرة ٣١٤، ص ٥٣٣.

ولكن غالبية الفقهاء تذهب، بحق، إلى أن الربط بين وقت التملك ووقت إستحقاق الثمار ليس له ما يبرره فى ظل القانون الحالى حيث أن هذا القانون يوجب على الشفيع إيداع الثمن ولذلك ليس من المقبول أن يلزم الشفيع بهذا الإيداع مما يحرمه من إستعماله وفى الوقت نفسه يحرم من ثمار العقار. ولذلك، وحتى يتحقق التوازن اللازم، فإنه يجب أن تكون الثمار للشفيع من وقت إيداع الثمن[1].

حالة ما إذا كان العقود المشفوع فيه مسجلا:

فى هذه الحالة يلتزم المشترى بنقل ملكية العقار المشفوع فيه وبصفة خاصة إذا تمت الشفعة رضاء. وإذا تقاعس المشترى عن تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية يستطيع الشفيع أن يلجأ إلى دعوى صحة ونفاذ إتفاق الشفعة ليحصل على حكم فيها يقوم بتسجيله لتنتقل الملكية بهذا التسجيل من وقت القيام به إلى الشفيع.

كما أن المشترى هو الذى يكون ملتزما أمام الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية، ولكن يكون للمشترى أن يدخل البائع فى الدعوى حتى يصدر الحكم فى مواجهته ويكون بالتالى مسئولا عن ذلك فى مواجهة المشترى.

٢- حق المشترى فى إسترداد الثمن والمصروفات من الشفيع:

إذا تمت الشفعة رضاء، بتسليم المشترى بحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فإنه يكون من حق المشترى أن يسترد من الشفيع كل الثمن وملحقاته.

أما إذا تمت الشفعة قضاء، وذلك بعد إتمام إجراءات الشفعة التى من بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، فإنه بعد الحكم فى هذه الدعوى يكون للمشترى إسترداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع خزانة المحكمة وهو غالبا ما يكون معادلا لهذا الثمن[2].

---

(١) إسماعيل غانم جـ ٢ ص ٩٦ وما بعدها، عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٣ ص ٤٨٢، وما بعدها، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٤ ص ٣٦٣، قارن حسن كيرة، فقرة ٣٨٢ ص ٦٦٦ حيث يرفض الربط بين التملك وإستحقاق الثمار والربط بين قيمتها إلا أنه يرى أن الثمار تستحق من وقت إعلان الرغبة وهو وقت الحصول ص ٦٦٧.

(٢) نقض ١٩٧٠/١/١٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ع١، ص ٤٧٠، حيث قضت المحكمة بأن "الشفعة رخصة تجيز تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على=

ولكن قد يودع الشفيع الثمن المسمى فى العقد بالرغم من صوريته خوفا من مخاطر فشله فى إثبات الصورية فإذا ما نجح فى إثبات الصورية وقضت المحكمة بالثمن الحقيقى فإن المشترى ليس له إلا أن يسحب ما يعادل الثمن الحقيقى وما زاد يعتبر من حق الشفيع.

وفى جميع الأحوال يحق للمشترى أن يسترد ملحقات الثمن أى مصروفات البيع التى أنفقها، كرسم الدمغة والتسجيل ومقابل السمسرة وأتعاب المحاماة. وهذه المصروفات لم يكن يشملها الإيداع وبالتالي يحق للمشترى أن يطالب بها أثناء نظر دعوى الشفعة أو بدعوى مستقلة بعد ذلك[1].

ومن حق المشترى أيضا إسترداد المصروفات الضرورية التى أنفقها على العقار من الشفيع، ولكن لا يحق له إسترداد المصروفات الكمالية. أما المصروفات النافعة يحق للمشترى إسترداد ما أنفقه منها قبل إعلان الرغبة، أما ما أنفقه منها بعد هذا الإعلان فلا إلزام على الشفيع بردها ولكن له أن يطلب الإزالة، فإذا ما اختار استبقائها فعليه أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما زاد فى ثمن الأرض وهو يختار بطبيعة الحال أقل القيمتين. (م ٩٢٤ مدنى).

وللمشترى الحق فى حبس العقار إلى أن يسترد الثمن وملحقات والمصروفات الأخرى المستحقة من الشفيع.

ثانيا: فى العلاقة بين البائع والشفيع

الفرض بأن عقد البيع لم يتم تنفيذه:

من أثر حلول الشفيع محل المشترى فيما له من حقوق وما عليه من إلتزامات أن كل ذلك سيكون في الرابطة العقدية القائمة بين المشترى والبائع والتى سيكون طرفها الثابت دائما البائع. ولذلك فإنه بمقتضى هذا الحلول

=المشترى والبائع بما قام عليه من الثمن والمؤن، والحكم الذي يصدر نهائيا بثبوتها يعتبر سند لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه وإلتزاماته. لما كان ذلك فإنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد الثمن الذى يلزم الشفيع بدفعه مقابل تملكه العقار سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشترى إذا كان قد أداه. وإذا كان الحكم قد أغفل النص فى أسبابه ومنطوقه على الثمن الواجب على الشفيع دفعه لقاء إمتلاك العين المشفوع فيها، فإنه يكون قد خالف القانون، ولا يغير من ذلك تقريره فى الأسباب أن الثمن مودع وغير متنازع فيه، إذ يتعين عليه أن يبين صاحب الحق فى هذا الثمن المودع".

(١) نقض ١٩٨٥/٤/٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٦، ص ٥٦٥.

سيكون الشفيع هو الطرف الثانى فى هذه الرابطة مع البائع بدلا من المشترى.
ويترتب على ذلك أن يقوم البائع بالوفاء بكل إلتزامات الناشئة عن العقد قبل الشفيع، كتسليم المبيع، ونقل ملكيته، فى مقابل دفع الشفيع الثمن وملحقاته إذا لم يكن المشترى قد دفعه له من قبل. كما يلتزم البائع بالضمان، ضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية.

١- التزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته:

والفرض هنا أن عقد البيع المشفوع لم يتم تنفيذه. إذ فى هذه الحالة يقع على عاتق البائع الوفاء بكل الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد وأهمها بطبيعة الحال الإلتزام بالتسليم وما يتصل بهذا التسليم من أحكام على النحو السابق بيانه بالنسبة للمشترى. كما أنه يلتزم بنقل ملكية العقار وبصفة خاصة إذا ما ثبتت الشفعة بالتراضى على النحو السابق بيانه.

٢- إلتزام الشفيع بدفع الثمن:

فإذا ما تمت الشفعة رضاء فإنه يجب على الشفيع دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى قد دفعه من قبل حينئذ سيكون الثمن مستحقا للمشترى.

أما إذا تمت الشفعة قضاء، فإن الفرض أن الشفيع قد قام بكل الإجراءات اللازمة للشفعة ومن بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة فى هذه الحالة يكون للبائع سحب المبلغ المعادل للثمن، وهو غالبا ما يكون معادلا له، لكن من المتصور أن يكون الثمن المودع أكبر من الثمن المحكوم به فى حالة إيداع الشفيع الثمن المسمى فى العقد ثم الطعن بالصورية ونجاحه فى إقامة الدليل عليها إذا لا يكون مستحقا إلا الثمن الحقيقى وهو أقل بطبيعة الحال من الثمن المودع، وتكون الزيادة من حق الشفيع.

ويخرج المشرع عن مقتضى هذا الحلول ويقرر أنه لا يحق للشفيع الإنتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع (م ٩٤٥/ ٢ مدنى) ويبرر ذلك أن الأجل ما هو إلا إئتمان، والإئتمان ليس إلا الثقة ولذلك فإن منح البائع الأجل للمشترى قد يكون مبنى على ثقة خاصة فى المشترى قد لا تتوافر فى الشفيع ولذلك جعل المشرع الأصل هو استحقاق الثمن ما لم يرتضى البائع السماح للشفيع الإستفادة من هذا الأجل.

٣- إلتزام البائع بالضمان:

وهذا هو منطق الحلول حيث أن الشفيع هو الطرف الآخر فى علاقة البيع القائمة والتى حل فيها بمقتضى الأخذ بالشفعة محل المشترى. وبالتالى لا يعتبر الشفيع خلفا خاصا للمشترى، وإنما هو خلف للبائع يتلقى منه العقار مباشرة ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب البائع بكل الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد. ومن أهم هذه الإلتزامات الإلتزام بالضمان. وفى ذلك تنص المادة ٣/٩٤٥ مدنى بقولها: "إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع".

لكن مما تجدر ملاحظته أنه إذا كان العقد المشفوع فيه مسجلا وثبتت الشفعة للشفيع رضاء أو قضاء فإن المشترى هو الذى يكون مسئولا أمام الشفيع عن ضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية وإن كان له أن يدخل البائع فى دعوى الضمان حتى يصدر الحكم فى مواجهته فيسهل على المشترى بعد ذلك الرجوع عليه.

والإلتزام بالضمان يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلى أو القانونى وكذلك يشمل ضمان تعرض الغير القانونى طبقا للقواعد العامة فى عقد البيع بشرط أن يكون للغير حقا قائما على البيع وقت البيع أو يكون قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع بنفسه.

كما أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية رغم عدم وجود نص لأنه نتيجة طبيعية للحلول[1].

ومنطق الحلول يفرض أيضا أنه إذا كان العقد متضمنا لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسرى فى حق الشفيع طبقا للقواعد العامة فى عقد البيع.

ثالثا: فى العلاقة بين الشفيع والغير:

مصير التصرفات التى أجراها المشترى على العقار والحقوق التى رتبها عليه:

سبق أن رأينا أن الخط الفاصل بين نفاذ هذه التصرفات وعدم نفاذها فى حق الشفيع هو تاريخ تسجيل إعلان الرغبة. وفى ذلك تنص المادة ٩٤٧ مدنى

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى البيع ص ٣٨٤ وما بعدها.

بقولها: "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق إختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع يصدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبة أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار".

وسنعرض لمصير هذه التصرفات قبل التسجيل وبعد التسجيل.

١- مصير هذه التصرفات والحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة:

- **بالنسبة للتصرفات:** بمفهوم المخالفة لنص المادة ٩٤٧ مدنى تسرى فى حق الشفيع تصرفات المشترى إذا كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة. وعلى ذلك إذا تصرف المشترى فى العقار بالهبة أو المقايضة فإن هذه التصرفات تسرى فى حق الشفيع[١]. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، لأن هذه التصرفات لا يجوز الشفعة فيها.

وإذا باع المشترى العقار بيعا تجوز فيه الشفعة، فيترتب على سريان هذا البيع فى حق الشفيع أنه لا يجوز له أن يشفع إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها (م ٩٣٨ مدنى). وعلى ذلك ينبغى على الشفيع أن يوجه إجراءات الشفعة إلى كل من المشترى الأول بصفته بائعا - والمشترى الثانى - بصفة مشفوعا منه - ولا يلزم بطبيعة الحال إختصام البائع الأول. ولا يشترط للأخذ بالشفعة فى هذا البيع الثانى أن يكون مسجلا[٢] ولكن يكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وإذا كان البيع الثانى ينصب على جزء من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة فإذا أراد الشفيع أن يشفع فى العقار كله فإنه يجب أن يتخذ إجراءات الشفعة فى مواجهة كل من البائع الأصلى والمشترى الأول - البائع فى البيع الثانى - أطراف البيع الأول والمشترى الثانى المشفوع منه فى المبيع. والشفيع له أن يقتصر على الأخذ بالشفعة بالنسبة لأحد الجزءين. فإذا أراد أن يقتصر

---

(١) بشرط أن تكون قد تم تسجيلها لكى يمكن الإحتجاج بها فى مواجهة الشفيع، طبقا لنص المادة ٩٣٤/ ١، مدنى وكذلك نص المادة ٩، ١٢ من قانون الشهر العقارى.

(٢) لأنه لا يشترط فى عقد البيع الأول وبالتالى لا يشترط فى أى عقد بيع مشفوع فيه آخر سواء كان ثانيا أو ثالثا طبقا لنص المادة ٩٣٥ مدنى والمادة ٩٣٨ من نفس القانون.

على أخذ الجزء الذى لم يتم التصرف فيه فإنه يوجه إجراءات الشفعة إلى البائع الأصلي والمشترى الأول فقط. وعلى العكس إذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء الذى باعه المشترى الأول. فإنه يوجه إجراءات الشفعة إلى المشترى الأول - بصفته بائعا - والمشترى الثانى. لكن يجب أن يتوافر شروط الشفعة بالنسبة إلى الجزء الذى ينبغى أخذه بالشفعة. وهذا يعنى أنه لو ترتب على هذه التجزئة أن أصبح الجزء الذى لم يتم بيعه أو الجزء الذى باعه غير مجاور لعقار الشفيع مثلا فإنه لا يجوز للشفيع فى هذه الحالة أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء التلاصق إذا كان سبب الشفعة الجوار.

- **بالنسبة للحقوق التى يرتبها المشترى على العقار:** إذا رتب المشترى للغير حقا عينيا، أصليا كان أو تبعيا، على العقار وتم تسجيله أو قيده بحسب الأحوال قبل تسجيل إعلان الرغبة فإن هذا الحق ينفذ فى حق الشفيع ويتلقى العقار محملا به.

وهذا لا يمنع الشفيع من الرجوع على المشترى بما يقابل النقص فى قيمة العقار نتيجة لوجود هذا الحق، لأن الشفيع قد دفع للمشترى الثمن الذى دفعه فى العقار للبائع دون أن يكون محملا بشئ من ذلك، فالمشترى ملتزم بتسلم العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع.

٢- مصير هذه التصرفات والحقوق بعد تسجيل إعلان الرغبة:

إذا سجل الشفيع إعلان الرغبة، فيكون هذا الإعلان حجة على الغير، وبالتالى لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى أو أى حق ترتب ضده (م ٩٤٧ مدنى).

- تطبيقا لذلك إذا باع المشترى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، وبالتالى يبقى حقه فى الأخذ بالشفعة قائما فى البيع الأول وبشروط هذا البيع ولا يلتزم بإدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة. مع ملاحظة أن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع وليس مفروضا عليه كما سبق أن رأينا، وبالتالى له أن يأخذ بالشفعة فى أى من البيعين بحسب إختياره، وبحسب ما يراه محققا لمصالحه مع مراعاة إتخاذ الإجراءات فى مواجهة من يريد الأخذ منه بالشفعة.

- أما بالنسبة للحقوق الأخرى التى يرتبها المشترى أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة. كالرهن والإختصاص فهى لا تسرى فى حق الشفيع حتى ولو كانت مقيدة طالما كان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، وبالتالى يتلقى الشفيع العقار - إذا ما حكم له بالشفعة - خاليا منها. ومع ذلك فإن هذه الحقوق لا تكون عديمة الأثر لأنها ستتعلق بالمقابل المالى للعقار والمتمثل فى الثمن الذى يسترده المشترى عن طريق سحب المبلغ المودع - وذلك إذا كان قد سبق المشترى ودفع الثمن للبائع - ويباشر أصحاب هذه الحقوق ما لهم من أولوية على هذا الثمن إذا كانت حقوقهم المضمونة مستحقة الأداء. فإن لم تكن مستحقة الأداء خصص هذا الثمن للوفاء بحقوقهم عند إستحقاقها.

الفصل الرابع
الحيــازة

تمهيد

تشغل الحيازة مكاناً هاماً فى أسباب كسب الملكية، وذلك لما يترتب عليها من آثار قانونية خطيرة وهامة. ولذلك أولى المشرع الحيازة العناية الواجبة وكرس لها العديد من النصوص.

المشرع المصرى قد كرس النصوص من ٩٤٩ إلى ٩٨٤ من التقنين المدنى للحيازة تناول فيها كسب الحيازة وانتقالها وزوالها، (م٩٤٩- ٩٥٧) ثم تكلم عن حماية الحيازة ودعاوى الحيازة الثلاثة (م٩٥٨- ٩٦٧) وأخيراً بين آثار الحيازة (م٩٦٨ – ٩٨٤).

- ولكن مما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أن دراسة الحيازة بين أسباب الملكية لا يعنى انحصار أثرها فى كسب الملكية فحسب، وإنما آثار الحيازة يتجاوز ذلك الأثر بكثير لترتيب آثار أخرى هامة كما سنرى من خلال دراستنا للحيازة. علاوة على ذلك فإن القانون قد كرس الحماية للحيازة فى ذاتها إذا وردت على عقار عن طريق عدة دعاوى هامة فى الحيازة العملية تسمى بدعاوى الحيازة.

خطة الدراسة

ولدراسة الحيازة يجب أن نعرض فى مبحث أو للحيازة بوجه عام، ثم نبين فى المبحث الثانى، آثار الحيازة.

المبحث الأول

الحيازة بوجه عام

وندرس فى هذا الصدد التعريف بالحيازة وتحديد نطاقها، ثم نبين بعد ذلك عيوب الحيازة، وأخيراً نعرض لكسب الحيازة وانتقالها وزوالها.

المطلب الأول

التعريف بالحيازة ونطاقها

وهنا نحدد المقصود بالحيازة، وعناصرها، ونطاقها.

أولاً : المقصود بالحيازة

الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه. والأصل فى الحيازة أنها دخول المال فى مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها[1].

وبناءً على ذلك يجب أن نحدد ماهية الحيازة، ونقف على الحيازة القانونية والحيازة العرضية.

١- ماهيتها والحكمة من حمايتها

الحيازة هى السيطرة الفعلية من جانب شخص من الأشخاص على شىء مادى معين مما يجوز التعامل فيه والظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عينى آخر. فالعبرة فى الحيازة بالحيازة الفعلية وليست مجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة[2] بمعنى أن العبرة بأن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن.

---

(١) نقض ١٩٣٩/٥/١١ الطعن رقم ٤ سنة ٩ق.

(٢) نقض ١٩٧٣/٢/٨ مجموعة أحكام النقض س٢٤ ص١٧٥. نقض ١٩٩١/٦/١٨ س٤٣ ص٨٢٧ "..... أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن وضع اليد المكسب للملكية واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى المستوفى عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها فى محرر أو تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الواقع" وكان الحكم المطعون قد استند فى تثبيت ملكية المطعون ضده للأرض محل النزاع إلى تقرير الخبراء الذين خلصوا إلى ثبوت وضع يد المطعون ضده وأسلافه من قبله للأرض محل النزاع مما ورد بشأنها فى العقود المسجلة دون أن يبحثوا وضع اليد الفعلى على هذه العين ومدى استيفائه لعناصره القانونية.

وتترجم السيطرة الفعلية على الحق في الواقع العملي باستعماله عن طريق القيام بالأعمال المادية التي يقتضيها مضمون هذا الحق. فالحائز بقصد الملكية، يستعمل الشيء محل الحيازة ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك، فإذا كان منزلا، فيسكنه أو يؤجره، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن، أو غير ذلك. وذلك بصرف النظر عن أن هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه، فلسنا هنا بصدد حق الملكية بل في صدد الحيازة المادية لهذا الحق، أي في صدد استعمال هذا الحق استعمالاً فعلياً. وإذا كان الحق محل الحيازة حق آخر غير حق الملكية، كحق ارتفاق فيمر الحائز في أرض الجار، أو يأخذ الماء من مروى لجاره لري أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجري في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها. وذلك كله بصرف النظر عما إذا كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلاً[1]. ويصدق ذلك كله بالنسبة لباقي الحقوق العينية.

- وقد كرس المشرع الحماية لهذه الحيازة إذا وردت على عقار بدعاوى الحيازة. كما أن من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل العكسي. وللحيازة أثر هام وخطير وهو أنها تؤدي إلى كسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية أو الثمار التي ينتجها الشيء إذا توافرت شروط معينة.

والذي جعل المشرع يحتفي بالحيازة على هذا النحو أن هناك اعتبارات لها قدرها : **أولها** : حماية الوضع الظاهر إذ الغالب المألوف أن تكون هذه الحيازة مستندة إلى حق، بحيث يكون حائز الشيء مالكاً له أو صاحب حق عيني آخر عليه، **ثانيها** : كفالة السلم والأمن الاجتماعي بألا يتعدى على الأوضاع الفعلية القائمة، فلا يجوز لأحد أن ينازع الحائز سيطرته الفعلية على الشيء أو يعتدي عليها ولو كان هو المالك لهذا الشيء، فمن يدعي حقاً يخالف هذا الوضع القائم أن يلجأ إلى القضاء للوصول إلى حقه، **ثالثها** : استقرار التعامل حتى لا يظل الغير الذي تعامل مع الحائز معتقداً أنه مالك مهدداً باستحقاق الشيء للمالك الحقيقي. **رابعها** : أن الاعتبارات الاقتصادية تنهض مبرراً لحماية هذه الحيازة حيث الحائز الذي يحرص على استعمال الشيء

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ٩ فقرة ٢٥١ ص٧٨٤، ٧٨٥.

واستغلاله يفضل، عند توافر شروط معينة، عن المالك الذى يقعد عن استغلال ملكه.

٢- الحيازة القانونية والحيازة العرضية

- الحيازة القانونية تترجم السيطرة الفعلية للحائز على الشىء علاوة على نية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه. فى الحيازة القانونية يحوز الشخص لحساب نفسه. وهذا هو المعنى المقصود من لفظ الحيازة La possession إذا أطلق.

- أما الحيازة العرضية Détention ou possession précaire فإنها تقف عند مجرد السيطرة المادية على الشىء بحيث يكون الحائز حائزاً لحساب غيره لا لحساب نفسه، فلا تكون لديه نية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه، والحائز العرضى هو كل من انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشىء يباشرها باسم الحائز ولحسابه، سواء كان ذلك بموجب عقد، كالتابع والوكيل والمستأجر والمستعير والمودع لديه وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم، أو بمقتضى حكم قضائى أو نص قانونى، كالحارس والسنديك ومصفى التركة ومصفى الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب ويقع على الحائز العرضى دائماً التزام برد الشىء إلى مالكه.

والحائز العرضى قد تقتصر حيازته للشىء على مجرد الحيازة المادية المحضة وبالتالى لا يتصور وجود نية لديه فى حيازة أى حق من الحقوق العينية كالمستأجر أو المستعير أو الوكيل أو المودع لديه. وقد يجمع بين هذه الحيازة المادية المحضة والحيازة القانونية وذلك حين يخول سند حيازته حقاً عينياً على الشىء، وفى هذه الحالة يحوز الحائز هذا الحق العينى لحساب نفسه مثل ذلك صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى أو حق الحكر أو المرتهن رهن حيازة، فكل من هؤلاء يحوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ويحوز حق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك. وهذا الأخير يعتبر حائزاً لحق الملكية وإن كان يباشر السيطرة المادية بواسطة الغير.

- والتفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية يترتب عليها نتائج فى غاية الأهمية : **أولاً :** إن الحماية بدعوى من دعاوى الحيازة مكرسة فى

الأصل للحيازة القانونية دون الحيازة العرضية، وإن كان المشرع قد خرج عن هذا الأصل بإعطاء المستأجر الحق فى الإلتجاء إلى هذه الدعاوى لحماية حيازته العرضية. **ثانياً** : إن الحيازة القانونية وحدها هى التى تؤدى إلى كسب الحقوق العينية بالتقادم.

- وبالرغم من كل ما تقدم فإن الحيازة العرضية يمكن أن تتحول إلى حيازة قانونية وهذا يقتضى بطبيعة الحال أن يغير الحائز صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة قانونية. لكن لا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته وإلا زالت الحدود بين النوعين من الحيازة وأصبح من اليسير قلب كل حيازة عرضية إلى حيازة قانونية. ولذلك قرر المشرع أنه "ليس لأحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة" (م٩٧٢/١ مدنى). وعلى ذلك لا يملك المستأجر أو الوكيل أو المستعير أو المنتفع أو غيرهم من الحائزين العرضيين تغيير نيته بنفسه تغييراً داخلياً محضاً يجعله يحوز الشىء لحساب نفسه وبنية تملكه، أى يحول حيازته العرضية إلى حيازة قانونية مكسبه لحق الملكية.

- ومع ذلك يمكن تحويل الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية فى حالتين (م٩٧٢/٢ مدنى مصرى) :

الحالة الأولى : بتغيير صفة الحيازة بفعل الغير، إذا حصل الحائز العرضى على سند من شأنه أن ينقل الملكية إليه لو أنه كان صادراً من مالك الشىء، فالفرض أن من صدر منه السند ليس بمالك، إذ لو كان هو المالك لانتقلت ملكية الشىء إلى الحائز، مثال ذلك أن يشترى المستأجر العين المؤجرة من شخص يتصرف على أنه المالك الحقيقى وهو ليس كذلك، أو يصدر له من هذا الشخص هبة أو وصية. وفى مثل هذه الحالات يتغير سند الحيازة، فبعد أن كان عقد إيجار لا يخول إلا الحيازة العرضية، ليصبح سند للملكية، يخول الحيازة القانونية التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم بشرط أن يكون الحائز حسن النية، أى يعتقد أن الغير الذى صدر منه التصرف هو المالك الحقيقى للشىء، كما يجب أن يقترن ذلك بتغيير فى سلوك الحائز بأن يظهر بمظهر المالك مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

الحالة الثانية : تغيير صفة الحيازة بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك، بأن ينازع المالك ملكيته ويدعيها لنفسه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة حازمة على أن ذات اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه"[1].

- النظرية الشخصية والنظرية المادية فى الحيازة

طبقاً للنظرية الشخصية، وصاحبها الفقه سافينى Savigny، أن الحيازة لا تقوم إلا إذا كان الحائز يعمل لحساب نفسه، بمعنى أنه يباشر سلطته على الشيء بقصد الظهور المالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه.

أما النظرية المادية، وصاحبها الفقيه إهرنج Ihering، ترى أن الحيازة تتوفر حيثما وجدت سلطة فعلية على الشيء، سواء أكان الحائز يباشر هذه السلطة لحساب نفسه، أم كان يباشرها لحساب غيره وإن كان يفيد من الحيازة. فلا يخرج من نطاق الحيازة سوى الحيازة التبعية، وهى التى يباشر الحائز سلطته على الشيء لحساب غيره دون أن يفيد من الحيازة، كما هو الحال بالنسبة إلى الخادم والسائق، فبإرادة الحائز يعتبرها داخلة فى نطاق السلطة الفعلية التى يباشرها الحائز على الشيء. فالإرادة ليس لها الدور الأساسى كما هو الحال بالنسبة للنظرية الشخصية.

---

(١) نقض ١٩٨٧/١/١٥ الطعن رقم ٧٧٧ سنة ٥١ق، ١٩٨٩/٥/٢٨ الطعن رقم ٣١٩ سنة ٥٥ق، نقض ١٩٩٤/١٠/٣٠ س٤٥ ص١٣٠١ بصدد حق الحكر حيث قضت بأن "عقد الحكر مقتضاة بقاء حيازة المحتكر للأرض المحتكرة وقتية لا يكسب الملك. عدم جواز تمسكه فى صدد تغيير صفة وضع يده بإنتهاء عقد الحكر مهما طال انتفاعه بالعين المحتكرة. وإنما يلزم لتغيير الحيازة أن يجابه مالك العين مجابهة صريحة بصفة فعلية تدل على أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه". واستخلاص توافر شروط الحيازة وتغيير سببها والتعرف على نية الحائز هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة".

ونطاق الخلاف بين النظريتين ينحصر في أن النظرية الشخصية لا تقرر الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيازة إلا للحيازة القانونية دون الحيازة العرضية. اما النظرية المادية فترى أن هذه الحماية تشمل أيضا الحيازة العرضية.

وقد كان لهاتين النظريتين انعكاس على التشريعات المختلفة. فنجد أن التشريعات الجرمانية، كالتقنين الألمانى (م٨٥٤، ٨٦٧) والتقنين السويسرى (م٩١٩، ٩٢٠) تأخذ بالنظرية المادية، بينما التشريعات اللاتينية، وعلى رأسها القانونى الفرنسى، تأخذ بالنظرية الشخصية. والقانون المصرى يأخذ بالنظرية الشخصية، ولا يمنح الحائز العرضى الحماية القانونية بدعاوى الحيازة إلا فى حالات معينة على سبيل الاستثناء (انظر م٢/٩٥٨ مدنى حيث يجيز لمن يحوز بالنيابة عن غيره أن يسترد الحيازة، والمادة ١/٥٧٥ مدنى حيث تخول المستأجر الحق فى رفع جميع الدعاوى الحيازة).

ثانياً: عناصر الحيازة

للحيازة عنصران: ١- عنصر مادى وهو عبارة عن الأعمال المادية التى يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة. ٢- وعنصر معنوى وهو عبارة عن نية الحائز بالظهور بمظهر المالك للشىء أو صاحب حق عينى آخر عليه.

إذا اجتمع هذان العنصران كانت الحيازة حيازة قانونية. وإذا تخلف العنصر المعنوى فإن الحيازة لا تكون إلا حيازة عرضية، ولنعرض لكل من العنصرين فى الفقرتين التاليتين:

١- العنصر المادى Corpus

والعنصر المادى يترجم فى القيام بالأعمال المادية التى يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة. فإذا كان هذا الحق حق ملكية وجب أن يباشر الحائز الأعمال المادية التى يباشرها المالك، وإن كان حقاً عينياً آخر تعين على الحائز أن يقوم بالأعمال المادية التى يباشرها صاحب هذا الحق.

أما التصرفات القانونية، كالبيع والهبة والإيجار...الخ، فلا تكفى للدلالة على توفر العنصر المادى فى الحيازة لسبب بسيط أن هذه التصرفات لا يقتضى صدورها عن الشخص أن يكون حائزاً، لأنها ترد على الحق ذاته ولا تقتضى أن تكون لمن صدر منه التصرف سلطة فعلية على الشىء.

- ليس هناك تلازم حتمى بين العنصر المادى ووجود الشىء تحت يد الحائز. فإذا كانت معظم الحقوق العينية تقتضى بأن يكون الشىء تحت يد الحائز أو تحت يد شخص آخر يعمل لحسابه إلا أن هناك منها ما لا يقتضى ذلك، مثل حقوق الارتفاق، ولذلك يكفى لتوفر العنصر المادى بصددها أن يباشر الحائز على العقار المرتفق به الأعمال المادية التى يخولها الارتفاق، كالمرور مثلاً، مع بقاء هذا العقار فى يد مالكه.

- ويمكن أن يقوم بالأعمال المادية التى يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة، حتى يتوفر العنصر المادى، شخص آخر يعمل لحساب الحائز. وفى ذلك تنص المادة ١/٩٥١ مدنى مصرى على أنه "تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ومتصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة" والحيازة بالوساطة تتسع لتشمل الوسيط الذى لا تكون له مصلحة فى حيازته المادية للشىء، كالتابع والخادم والسائق ومدير الأعمال، أو الذى تكون له مصلحة فى هذه الحيازة، كالمستأجر والمستعير حيث أنه فى كلا الحالين يكون الوسيط حائزاً عرضياً يعمل لحساب الحائز الحقيقى، وهو المتبوع، أو المؤجر أو المعير.

- لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات... (م٣/٩٤٩ مدنى مصرى) ويقصد بذلك العمل الذى يأتيه الشخص فى حدود حق مقرر له بحيث لا يتضمن معنى التعدى. فمثل هذا العمل لا يصلح أن يكون أساساً لحيازة مؤدية إلى كسب حق. مثال ذلك من يفتح منوراً فى عقار له ويدوم أكثر من خمسة عشرة سنة فإنه مع ذلك لا يحق له أن يمنع الجار من البناء على حدود ملكه ولو ترتب على ذلك سد المنور بدعوى أنه كسب ارتفاقاً بالتقادم لأن فتح المناور يعتبر استعمالاً لرخصة، فهو لا يتضمن أى تعد على ملك الجار.

٢- العنصر المعنوى animus

وهو يترجم نية الحائز فى أن يظهر بمظهر المالك أو صاحب حق عينى آخر موضوع الحيازة[1]، فهو يعتبر عن نية الحائز فى أن يعمل لحساب

---

(١) نقض ١٩٩٧/٤/٢٠ س١٨ ص٨٥٠ حيث قضت بأنه "إذا أقر المشترى فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها فى أى وقت شاء فإن وضع يده فى هذه الحالة مهما طالت مدته =

نفسه. فهو يقوم بالأعمال المادية التي تعتبر مزاولة لحق موضوع الحيازة لحساب نفسه. وعلى ذلك فمن لم يتوافر لديه هذه النية يعتبر حائزا عرضيا على النحو السالف بيانه، ولا يلزم لقيام العنصر المعنوى معرفة الحائز على وجه التحديد لمدى الحق الذى يحوزه، فمن يحوز قطعة أرض بنية تملكها فهو يملك كل ما تحتويه هذه الأرض حتى ولو لم يكن يعلم الحائز بحقيقته، كالأحجار أو المعادن التى تحتويها الأرض ما لم تكن القوانين المرعية تمنع ذلك.

ومن يباشر الحيازة المادية يفترض لديه النية فى أنه يعمل لحساب نفسه ومن يدعى خلاف ذلك عليه عبء الإثبات وقد نصت المادة ٢/٩٥١ مدنى مصرى على أنه "عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه". كما أنه إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزة هو من له حيازة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة" (م٩٦٣ مدنى).

ويجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية (م٩٥٠ مدنى) فيقوم النائب عنه بالعنصر المادى والعنصر المعنوى للحيازة.

ولا تقوم الحيازة على عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح (م١/٩٤٩ مدنى مصرى) أى الذى يأتيه الشخص على ملك الغير ويتحمله الغير رغم ما فيه من تعد عفوا وتسامحا منه، ويستفاد هذا التسامح غالبا من وقائع تدل على علاقة خاصة بين الطرفين أو على أن المالك لا يشعر بعبء يقع عليه من الأعمال التى تباشر على ملكه، كأن تكون بين الطرفين علاقة قرابة وما إلى ذلك وهذا الأمر يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير يقوم على أسباب مسوغة[1].

ثالثا : نطاق الحيازة

يتحدد نطاق الحيازة بحدين أساسيين، الأول ان يكون الشيء محل الحيازة مما يجوز التعامل فيه، ومما يجوز كسب ملكيته بالتقادم، والحد الثانى أن الحيازة ترد على الحقوق العينية.

=لا يكسب ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك".

(١) ١٩٨٤/٣/٢٩ الطعن رقم ١١٧٢ سنة ٤٩ ق.

١- نطاق الحيازة من حيث الأشياء

إذا كانت الحيازة لا تستلزم حتماً وجود حق للحائز، إلا أن الشيء محل الحيازة يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه، وأن يكون مما يجب كسب ملكيته بالتقادم.

(أ) أن يكون الشيء محل الحيازة مما يجوز التعامل فيه

فالأشياء التى لا يجوز التعامل فيها لا تصح حيازتها. فالأموال العامة لا تصح حيازتها لأنها لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م٢/٨٧ مدنى مصرى).

(ب) أن يكون الشيء مما يجوز تملكه بالتقادم

ليس كل شيء قابل للتعامل فيه يجوز اكتساب ملكيته بالتقادم. هناك أشياء يمكن أن تكون محلاً لملكية خاصة ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم، وبالتالى لا يصح حيازتها.

فى القانون المصرى نجد أن الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما. وكذلك أموال الأوقاف الخيرية تصلح أن تكون محلاً لملكية خاصة ومع ذلك لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عينى آخر عليها بالتقادم (م٢/٩٧٠ مدنى)[1].

ومما تجدر ملاحظته أن الحائز العرضى للأموال العامة أو الخاصة للدولة يجوز له أن يحمى حيازته بدعوى استرداد الحيازة، وإذا كان مستأجراً جاز له أن يحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة.

ولكن فى حالة التعدى على الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما وأموال الأوقاف الخيرية يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً (م٣/٩٧٠ مدنى).

---

(١) معدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ الجريدة الرسمية فى ١٩٧٠/٨/١٣.

٢- نطاق الحيازة من حيث الحقوق

تقتصر الحيازة على الحقوق العينية، أى أنها لا ترد على الحقوق الشخصية. فالمستأجر لا يعتبر حائزا قانونيا وبالتالى لا يجوز له اكتساب ملكية الشيء المؤجر أو أى حق عينى آخر عليه. ولكن يستثنى من ذلك حالة الدين الثابت فى سند لحامله حيث يندمج الدين فى السند فيكون حائز السند حائزا للدين الثابت فيه.

والحيازة ترد على الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية. فالدائن المرتهن رهن حيازة يستطيع أن يكتسب حق الرهن على العقار المرهون رهن حيازة بالتقادم الطويل أو القصير بحسب الأحوال إذا كان هذا العقار غير مملوك للراهن وقت الرهن. وكذلك الأمر بالنسبة للمنقول المرهون رهن حيازة إذا كان غير مملوك للراهن وكان الدائن المرتهن حسن النية فإنه يكسب حق الرهن عليه بمجرد حيازته طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز. لكن الحقوق العينية التبعية التى لا تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، فلا تصح حيازتها. مثال ذلك الرهن الرسمى وحق الاختصاص.

ويستوى فى الشيء الذى يباشر الحائز سلطاته عليه أن يكون عقاراً أو منقولا، شائعا أو مفرزا.

وتقتصر الحيازة على الأشياء المادية، التى هى محلا للحقوق العينية، وبالتالى لا ترد الحيازة على الحقوق المعنوية كحق المؤلف، وحق التاجر فى الاسم التجارى والعلامة التجارية. كما أن الحيازة القانونية لا تتصور بالنسبة لمجموع من الأموال، كأموال التركة، أو المحل التجارى فهذا المجموع لا يصح فى جملته أن يكون محلا للحيازة. لكن ليس هناك ما يمنع أن ترد الحيازة على عنصر مستقل من عناصره.

المطلب الثانى

عيوب الحيازة

لا يكفى لقيام الحيازة أن يتوافر لها ركنها المادى وركنها المعنوى وإنما يلزم أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب. وعيوب الحيازة هى الإكراه، والخفاء، واللبس أو الغموض.

وفى ذلك تنص المادة ٢/٩٤٩ مدنى على أنه : "إذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو خفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب".

وعلى ذلك فإن الحيازة المعيبة حيازة قائمة بعنصريها المادى والمعنوى، ولكن العيب الذى يشوبها يجعلها غير منتجة لآثارها فى مواجهة الشخص الذى يقوم هذا العيب بالنسبة له، ولكنها صحيحة منتجة لآثارها بالنسبة إلى غيره. وتعاود الحيازة ترتيب آثارها من الوقت الذى يزول فيه العيب الذى لحق بها.

ولنعرض الآن لهذه العيوب.

أولاً : عيب الإكراه

إن أحد الاعتبارات الهامة التى تقوم عليها حماية الحيازة هى كفالة السلم والأمن الاجتماعى، فإن مقتضى هذا ألا تكون الحيازة نفسها قائمة فى أساسها على الإكراه وإلا تكون غير جديرة بهذه الحماية.

فيجب أن تكون الحيازة هادئة paisible[(١)]، فإذا اقترنت بإكراه كانت حيازة معيبة. والإكراه الذى يعيب الحيازة هو الذى يصدر من الحائز عند بدء الحيازة[(٢)]، أى أن الحائز يحصل على هذه الحيازة بالإكراه. فإذا ما بدأ الحائز حيازة هادئة فإنه يستطيع أن يدفع أى تعرض له من الغير فى حيازته. قيام منازعة قضائية أو حصول تصرف قانونى على العين محل الحيازة لا ينفى صفة الهدوء[(٣)].

ويستوى أن يكون هذا الإكراه حسياً أى يتم باستعمال القوة، أو معنوياً أى يتم بالتهديد باستعمالها.

ثانياً : عيب الخفاء

إن الحائز وهو فى مباشرته للأعمال المادية فى الحيازة يجب أن يظهر بمظهر المالك على الشىء أو صاحب حق عينى عليه. وهذا يقتضى أن تكون الحيازة ظاهرة أو علنية publique فإذا حصلت خفية كانت الحيازة معيبة.

---

(١) نقض ١٩٧٥/١/١٤ س٢٦، ص١٥٣، ١٩٨١/٦/٧ س٣٢ ص١٧٥٤، ١٩٨٣/١/٦ س٣٤ ص١٣٠، ١٩٨٧/١/٢٧، الطعن رقم ٨٥٩ سنة ٥٦ ق.

(٢) نقض ١٩٩٤/١٢/٢٧ س٢٥، ص١٧١١.

(٣) الحكم السابق الإشارة إليه.

فإذا كانت الأعمال التى يباشرها الحائز على الشيء ليس من شأنها أن تظهر الحيازة للجمهور، بمن فيهم أصحاب المصلحة فى العلم بها، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء clandestinité. فالحيازة تتضمن معنى التعدى خاصة فى مواجهة صاحب الحق، فإن مقتضى ذلك هو أن يباشر الحائز جميع الأعمال المادية التى يخولها مضمون الحق محل الحيازة كما يباشرها صاحب هذا الحق.

والجهل بالحيازة لا يعنى خفاءها، فإذا كان الحائز قد حاز الشيء موضوع الحيازة بشكل ظاهر وعلنى للكافة فإن الحيازة فى هذه الحالة لا تكون خفية حتى ولو كان المالك لم يعلم بها لغفلته أو لغيابه[1].

وعيب الخفاء مجاله المختار هو المنقولات، حيث أنها وحدها تقريبا يمكن أن يتحقق عيب الخفاء بصددها، أما العقارات فيندر أن تكون حيازتها خفية. وما يعطى فى هذا الصدد من أمثلة ليست إلا مجرد أمثلة مدرسية محضة، من ذلك تعمد الجار المرور فى الأرض المجاورة فى أوقات لا يراه فيها مالكها، أو أن الجار يستحوذ أثناء حرثه لأرضه على جزء من أرض الجار بطريقة تدريجية غير محسوسة فى كل هذه الأمثلة تكون حيازة العقار مشوبة بعيب الخفاء.

ثالثا: عيب اللبس أو الغموض

إن الحيازة تقوم على مباشرة شخص للأعمال المادية التى يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة ويظهر فى ذلك بمظهر المالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه، وهو يقوم بكل ذلك لحساب نفسه لا لحساب غيره. فعندما يثور شك فى ذلك، أى أن الأعمال التى يقوم بها يمكن أن تحتمل المعنيين، أى أنه يريد الاستئثار بالحق لنفسه، وأنه يحوز لحساب الغير فإنه الحيازة يكتنفها الغموض واللبس وبالتالى تكون حيازة معيبة.

وعلى ذلك فيجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها ولا غموض équivoque وإلا كانت الحيازة حيازة معيبة[2].

---

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٨ س٢٤ ص١٧٥، ١٩٧٨/١١/١٦ س٢٩ ص١٧٠٦.
(٢) نقض ١٩٨٥/٥/٢١ الطعن رقم ٢٩٦ سنة ٥٢ق.

وتثور مشكلة الحيازة الغامضة عادة بصدد الملكية العقارية الشائعة. كأن يضع أحد الشركاء يده على العقار الشائع كله، فلا يعرف ما إذا كانت نيته انصرفت إلى الحيازة لحساب نفسه وبالتالى إلى الاستئثار بملكية العقار كله أم أنه يدير العقار لحساب الشركاء جميعا، أى يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره. وتدور معظم القضايا أمام المحاكم حول ما إذا كان الوارث الذى يحوز عين من أعيان التركة يحوزها لحساب نفسه بقصد الاستئثار بملكيتها أم أنه يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الورثة. فهذا الغموض الذى يكتنف حيازة الوارث يجعل الحيازة غير منتجة لآثارها. فلا تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم. لكن هذا لا يعنى أن حيازة الشريك الشائع أو حيازة الوارث لأعيان التركة لا يمكن أن تكون حيازة صحيحة مؤدية إلى كسب الحق بالتقادم، وإنما كل ما هنالك عندما تبرأ هذا الحيازة من هذا اللبس أو الغموض ويظهر بشكل واضح أن الشريك أو الوارث ينكر على الشركاء الآخرين أو الورثة الأخرين حقهم ويباعد بينهم وبين الشيء الذى يحوزه فإن حيازته تكون حيازة صحيحة وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض[1].

وتثور نفس المشكلة بالنسبة للمنقولات خاصة عندما يجمع الحائز الحالى والحائز السابق معيشة واحدة، كأن يضع الوارث يده على منقولات كانت لمورثه الذى كان معه فى معيشة واحدة وتوفى، فلا يتضح ما إذا كان يحوز هذه المنقولات لحساب نفسه فحسب، أم أنه يجوزها لحساب نفسه ولحساب غيره من الورثة.

وعيب اللبس أو الغموض يشوب الركن المعنوى للحيازة، لأنه يتمثل فى الشك الذى يثور حول نية الحائز بينما عيب الإكراه والخفاء يتعلقان بالركن المادى للحيازة.

- سمات هذه العيوب

وهذه العيوب عيوب مؤقتة، فمن الوقت الذى تزول فيه العيوب تبدأ الحيازة صحيحة وبالتالى منتجة لآثارها. كما أن هذه العيوب عيوب نسبية،

---

(١) نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ الطعن رقم ١٢٠ سنة١٥ ق، ٧/٢/١٩٦٧ س١٨ ص٣٠٦، ١٩/٥/١٩٧٠ س٢١ ص٢٦٢، ٢/٢/١٩٧٨ س٢٩ ص٣٨٦، ٧/٥/١٩٨٥ الطعن رقم ١٧٦٥ سنة ٥١ق. ٢٠/١٢/١٩٨٧ الطعن رقم ٢٠٦١ سنة٥٣ ق، ٢٢/١٢/١٩٨٨ الطعن رقم ٢٤٨٨ سنة ٥٧ق نقض ٧/١٢/١٩٩٤ س٤٥ ص١٥٤٩.

بمعنى أن الحيازة لا تنتج آثارها إلا بالنسبة لمن وضع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها أما ما عداه فإن الحيازة تكون صحيحة طالما أنها مبرأة من أى من هذه العيوب.

عدم استمرار الحيازة لا يعتبر عيبا وإنما هو يتصل بالعنصر المادى للحيازة، وبالتالى يحول دون قيام الحيازة أصلا لتخلف ركنها المادى.

المطلب الثالث

كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

ومن هنا سنبين كيف يتم كسب الحيازة وكيفية انتقالها وزوالها.

أولا : كسب الحيازة

إذا اجتمع للحائز ركنا الحيازة، المادى والمعنوى، فإنه يكتسب الحيازة القانونية.

والحيازة قد تكسب ابتداء، أى بعمل يصدر من جانب الحائز وحده، أى يكون الحائز هو أول من يجوز الشىء ولم يكن هناك حائز قبله. وقد تكسب الحيازة انتقالا من حائز سابق، وهذا يتحقق فى حالتين : **الأولى** : عندما تنتقل الحيازة بقوة القانون، وذلك عندما يكون الحائز الحالى خلفا عاما للحائز السابق، كالوارث بالنسبة للموروث. **الثانية** : عندما تنتقل الحيازة بمقتضى تصرف قانونى، كعقد بين الحائزين، أو كوصية من الحائز السابق. ففى هذه الحالات يكون الحائز الحالى خلفا خاصا للحائز السابق، كالمشترى والموصى له بعين معينة من أعيان التركة.

ومما تجدر ملاحظته أن هناك فارقا هاما بين حيازة الخلف العام وحيازة الخلف الخاص، فالأولى تعتبر استمرارا لحيازة السلف، بينما الثانية تعتبر حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف.

ثانيا : كيفية انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص

تنص المادة ٩٥٢ مدنى على أنه : "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشىء موضوع الحق".

وقد نصت المادة ٩٥٣ مدنى على أنه "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه".

وتنص المادة ٩٥٤ مدنى على أنه : "١- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن تقوم مقام تسليم البضائع ذاتها"، "٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة".

وعلى ذلك يجب لكى تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص توافر شرطان :

١- أن يكون هناك اتفاق على انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف. وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمنياً.

٢- أن تتوفر للخلف القدرة على أن يسيطر على الحق موضوع الحيازة. ولا يشترط لتوفر هذه القدرة أن يقع تسليم مادى للشىء محل هذا الحق، بل يكفى أن يكون هذا التسليم حكمياً أو يكون رمزياً. وعلى ذلك :

- يكفى لتوفر القدرة للخلف الخاص على السيطرة على الحق موضوع الحيازة أن يكون قد تم له التسليم الحكمى. وطبقاً لنص المادة ٩٥٣ مدنى يكون هناك **تسليم حكمى فى** حالتين : **الأولى:** أن يستمر فيها السلف واضعاً يده لحساب الخلف، كأن يستأجر البائع الشىء المبيع، فالبائع أصبح حائزاً عرضياً لحساب المشترى وهو المؤجر بعد أن تم البيع والتأجير. **والثانية:** أن يستمر فيها الخلف واضعاً يده لحساب نفسه، كأن يشترى المستأجر العين المؤجرة من المؤجر، فيستمر واضعاً يده عليها بصفته مالكاً بعد أن كان مستأجراً. فى التسليم الحكمى يتم بتغيير صفة الحيازة، ففى هاتين الحالتين تتحول الحيازة من حيازة قانونية إلى حيازة عرضية أو العكس عن طريق تغيير السند الذى يحدد سبب الحيازة.

- ويكفى ايضاً لتوفر هذه القدرة لدى الخلف الخاص أن يتم له التسليم الرمزى.

ويتم التسليم الرمزى طبقا لنص المادة ٩٥٤ مدنى عندما يسلم الحائز وسيلة السيطرة على الشيء، كما لو تسلم المشترى سندات الشحن أو الإيداع أو الخزن، فهذا التسليم يقوم مقام تسلم البضائع ذاتها. لكن هناك خطورة فى هذا التسليم الرمزى حيث أنه إذا تعارض مع التسليم المادى كان هذا الأخير هو المعتبر، فمثلا لو أن شخصا تسلم البضاعة ذاتها، وتسلم الآخر سند الشحن أو الإيداع، وكان كلاهما حسن النية، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة.

ثالثا : زوال الحيازة

تنص المادة ٩٥٦ مدنى على أنه : "تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى".

ويتضح من ذلك أن الحائز تزول عنه الحيازة فى حالتين :

١- التخلى الاختيارى عن الحيازة بعنصريها. عن طريق التصرف فى الشيء وتسليمه إلى المتصرف إليه الذى يخلفه فى الحيازة، فإذا كان الشيء منقولاً فيجوز أن يتخلى الحائز عن الشيء بنية تركه بقصد النزول عن ملكيته.

٢- فقد السيطرة، وفى هذه الحالة يفقد الحائز الحيازة بدون اختياره عن طريق فقد السيطرة المادية، أى العنصر المادى، ولو ظل محتفظاً بالعنصر المعنوى.

ويتحقق ذلك فى المنقول عندما يستحوذ الغير فعلاً على الشيء أو عندما يخرج الشيء فعلا من حوزة الحائز دون تدخل من جانب أحد، كما لو ضاع الشى أو هرب الحيوان ممن يحوزه.

وبالنسبة للعقار يتحقق ذلك الفقد إذا استحوذ الغير على العقار بحيث تقوم من جانبه حيازة معارضة للحيازة الأولى. وبذلك يقع الفقد بدون اختيار الحائز ويقترن بحيازة للعقار يكسبها الغير. فى هذه الحالة يكون للحائز الأول أن يطلب استرداد حيازته للعقار خلال السنة التالية لفقد الحيازة (م٩٥٨ مدنى مصرى).

فالحائز يستطيع أن يحمى حيازته بدعاوى الحيازة ما دام يرفعها خلال السنة التالية لاغتصاب الحيازة أو التعرض لها أو تهديدها ما لم يكن التعرض أو الغصب خفياً أو كان سببه مشوباً بغموض أو التباس إذ فى هذه الحالة تبدأ مدة السنة من تاريخ كشف الحائز للتعرض أو تيقنه منه.

ولا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى (م١/٩٥٧ مدنى مصرى). ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه. وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية (م٢/٩٥٧ مدنى).

لكن سكوت الحائز عن مباشرة الأعمال المادية بإرادته أو بدون إرادته لغيابه أو لمرضه مثلا لا يفقده الحيازة طالما أنه ما زال محتفظا بنيته في الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عينى آخر عليه، أى يكفى قيام العنصر المعنوى ووجود العقار ماديا تحت تصرفه بحيث يكون فى وسعه دائما معاودة مباشرة الأعمال المادية للحيازة".

ويمكن أن تزل الحيازة بفقد العنصر المعنوى وحدة مع بقاء عنصرها المادى وذلك إذا فقد الحائز النية في أن يعمل لحساب نفسه، وان بقى لديه العنصر المادى يمارسه لحساب غيره كمن يتصرف فى الشىء ويستمر واضعا يده عليه لحساب من يخلفه فى الحيازة، مثال ذلك استئجار البائع للشىء المبيع بعد بيعه.

المبحث الثانى

آثار الحيازة

- الآثار القانونية التى تترتب على الحيازة

خلصنا مما تقدم أن الحيازة لا تعدو أن تكون حالة واقعية يحميها القانون لذاتها أو يرتب عليها آثارا سواء كان الحائز صاحب حق أو كانت حيازته لا تستند إلى أى حق. وعلى ذلك نستطيع أن نجمل الآثار فيما يلى :

أولاً : من حيث الحماية المقررة للحيازة : يحمى القانون حيازة العقار بدعاوى الحيازة، وهى دعوى استرداد الحيازة، (م٩٥٨- ٩٦٠ مدنى) ودعوى منع التعرض (م٩٦١ مدنى) ودعوى وقف الأعمال الجديدة (م٩٦٢ مدنى).

ثانياً : من حيث دور الحيازة فى إثبات الحق : أن القانون يفترض، على أساس الغالب المألوف، أن من كان حائزا لحق هو صاحب هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس (م٩٦٤ مدنى) فالحائز فى مركز المدعى عليه فى النزاع

على الحق فلا يكلف بإثبات وجود حقه وإنما على من ينازعه هذا الحق أن يثبت هو ما يدعيه، فإن لم يفلح فى ذلك بقى الوضع على ما كان عليه، وهذه تشكل ميزة كبرى فى الدعوى من حيث الإثبات. وسنكتفى بهذا القدر بصدد دور الحيازة فى إثبات الحق.

ثالثا : من حيث كسب الحق العينى : تؤدى الحيازة إلى كسب الحائز الحق الذى يظهر على أنه صاحبه، إما بعد استمرار الحيازة مدة معينة وهذا هو التقادم المكسب، وإما فور الحيازة وهو ما يتحقق بالنسبة للمنقولات دون العقارات. فإن لم تنتج الحيازة أثرها فى كسب الحق، لأى سبب كان، واسترد المالك الشىء من الحائز، فقد يترتب على الحيازة أن يكسب الحائز كل أو بعض الثمار التى أنتجها الشىء أثناء حيازته له". وهذه هى الآثار الثلاثة التى سوف تتركز عليهم دراستنا فى الفقرات التالية.

المطلب الأول

التقادم المكسب

- التقادم المكسب والتقادم المسقط

التقادم المكسب prescription acquisitive **وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشىء أو حقا عينيا آخر إذا استمرت حيازته مدة معينة وتمسك بكسب هذا الحق".**

أما التقادم المسقط prescription extinctive**، فإنه وسيلة لانقضاء الحق إذا سكت صاحبه عن المطالبة به أو عن استعماله مدة معينة وتمسك من له مصلحة فى هذا الإنقضاء".**

والتقادم المكسب مجاله ينحصر فى الحقوق العينية التى يجوز حيازتها وأن الحقوق الشخصية لا تكتسب بالتقادم[1]. أما التقادم المسقط فمجاله يتسع ليشمل جميع الحقوق المالية، سواء كانت عينية أو شخصية، ويستثنى من ذلك حق الملكية حيث أنه لا يسقط بعدم الاستعمال على النحو السابق بيانه. كما أن كل منهما يختلف من حيث وسيلة التمسك به ففى التقادم المكسب يكون للحائز

---

(١) نقض ١٩٧٧/٣/١٣ س٢٨ ص٢٦٦٣، ١٩٩٣/٤/١.١ الطعن رقم ٢٠ لسنة ٥٦ق. مجلة القضاء السنة ٢٧ العدد الأول يناير – يونيه ١٩٩٤ ص٥٥٩.

الذى كسب الحق أن يتمسك بهذا الحق عن طريق الدعوى أو الدفع. أما التقادم المسقط فإنه لا يخول لصاحب المصلحة فيه سوى دفعاً يرد به الدعوى التى يكون موضوعها المطالبة بالحق.

ورغم هذه الاختلافات بين نوعى التقادم إلا أن هناك أحكاماً مشتركة تجمع بينهما. ولذلك نصت المادة ٩٧٣ مدنى على أنه "تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية".

ويقوم التقادم المكسب على اعتبارات تتصل بالصالح العام، وتهدف إلى استقرار التعامل.

- نطاق التقادم

لا يجوز اكتساب الحقوق العينية المقيدة بالسجل العينى بالتقادم[1]. وعلى ذلك فإن أحكام التقادم تسرى على الأراضى غير الممسوحة والتى ما زالت خاضعة للشهر العقارى.

وهنا سنعرض لشروط التقادم المكسب، ثم بعد ذلك نبين آثار هذا التقادم.

أولاً : شروط التقادم المكسب

- التقادم الطويل والتقادم القصير

يرتب القانون المصرى على الحيازة كسب الحق بالتقادم. هذا التقادم المكسب نوعان : تقادم طويل، يؤدى إلى كسب الحق العينى على العقار أو على المنقول، إذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس عشرة سنة (م٩٦٨ مدنى). وتقادم قصير يؤدى إلى كسب الحق العينى، على العقار فقط، إذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس سنوات وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح (م١/٩٦٩ مدنى).

يتضح مما سبق أن هناك شروط مشتركة بين كل من التقادم الطويل والتقادم القصير:

أولاً : من حيث وجوب الحيازة.

---

(١) قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة ٣٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الذى ينص على ذلك فى ١٩٩٨/٦/٦ القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق. دستورية الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ تابع فى ١٩٩٨/٦/١٨.

ثانياً : من حيث استمرار الحيازة لمدة معينة تختلف بحسب الأحوال
وإلى جانب ذلك ينفرد التقادم القصير بشروط خاصة، وجود السبب الصحيح، وحسن نية الحائز.

ولنعرض أولاً للشروط المشتركة، ثم نبين بعد ذلك الشروط الخاصة بالتقادم القصير.

١- الشروط المشتركة لنوعي التقادم

وتتمثل هذه الشروط المشتركة في شرطين : الأول الحيازة، والثاني في استمرار هذه الحيازة لمدة معينة تختلف بحسب نوع التقادم.

الشرط الأول : الحيازة

- الحيازة المتطلبة هي الحيازة القانونية

يشترط في التقادم المكسب أياً كان نوعه أن توجد حيازة قانونية على النحو السابق بيانه. فلا تصلح الحيازة العرضية مهما طالت مدتها لكسب الحق.

ويجب أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب على النحو السابق بيانه. فالحيازة المعيبة غير صالحة لأن تنتج آثارها القانونية، وبالتالي لا تصلح أساساً لكسب الحق بالتقادم طالما كان العيب قائماً، ولكن تصبح صالحة لإنتاجها آثارها في كسب الحق بالتقادم من الوقت الذي تبرأ فيه الحيازة من العيوب.

الشرط الثاني : المدة

- اختلاف المدة بحسب نوع التقادم

لا يكفي لكسب الحق بالتقادم توفر الحيازة القانونية الخالية من العيوب وإنما يلزم أن تستمر هذه الحيازة دون انقطاع مدة معينة حددها القانون. وهذه المدة ضرورية حتى لا يفتح الباب للأشخاص لاقتناص الحقوق من أصحابها لمجرد غفوة أو غفلة من جانب صاحب الحق وبالتالي تسود شريعة الغاب. فالتقادم المكسب وإن كان القانون قد أقره لتحقيق أغراض وجدها جديرة بالاعتبار إلا أنه في نفس الوقت تطلب إلى جانب الحيازة القانونية الخالية من العيوب استمرار هذه الحيازة لمدة من الزمن تختلف بحسب نوع التقادم وذلك حتى يسمح للمالك الوقت الكافي للاعتراض على حيازة الغير واسترداد الشيء منه. فإذا اكتملت المدة ولم يحرك المالك ساكناً فإن الحائز يكون أولى بالتفضيل من مالك مهمل قعد عن المطالبة بحقه هذه المدة من الزمن".

وتختلف هذه المدة بحسب نوع التقادم :

- **فالتقادم الطويل** يؤدى على كسب الحق، على العقار أو المنقول، إذا استمرت الحيازة مدة خمس عشرة سنة. وقد فرضها القانون بالنسبة إلى الحائز سئ النية[1].

- **أما التقادم القصير**، فيؤدى على كسب الحق على العقار دون المنقول إذا استمرت الحيازة مدة خمس سنوات، ويشترط علاوة على ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح. وهذان الشرطان الخاصان بالتقادم القصير هما اللذان يبرران تقصير المدة إلى هذا الحد.

- **والتقادم الطويل** يعتبر هو الأصل العام فى التقادم بينما التقادم القصير يعتبر استثناءً على هذا الأصل، ولا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون (م١/٣٨٨ مدنى)[2].

وقد يتبادر إلى الذهن أن هناك نوعاً آخر من التقادم المكسب بمضى ثلاث وثلاثين سنة وخاص بحقوق الإرث، حيث تنص المادة ١/٩٧٠ مدنى على أنه "فى جميع الأحوال ألا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة". وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على هذا النص (نص المادة ١٤٢١ وهو المقابل لنص المادة ١/٩٧٠) ما يأتى "أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة، والتقادم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٤٩٨. نقض ١٩٩٢/١/٢٦ س٤٣ ص٢٣٤ حيث قضت المحكمة بأن "وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسبابها ويعفى واضع اليد الذى يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها" كما أنه "ليس فى القانون ما يمنع المشترى من كسب ملكية العين المبيعة له بوضع اليد المدة الطويلة، إذا توافرت لديه الشروط القانونية لهذا التملك، وأن مجرد إقامته على البائع له دعوى سابقة بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له لا يستخلص منه حتماً إقراره بالحق القاطع الدلالة على النزول عن مدة وضع اليد السابقة فى كسب الملكية بالتقادم أو عدم توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم الطويل لما ينطوى عليه رفعها من رغبة فى إقتضاء الحق بالوسيلة التى وجدها أيسر سبيلاً من غيرها، ولا يعنى ذلك منه النزول عن السبل الأخرى فى إقتضاء ذات الحق ومنها التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسب للملكية".

(٢) نقض ١٩٧٠/٣/٣ س٢١ ص٢٢٧.

هنا مسقط لا مكسب. لذلك يجب حذف "حقوق الإرث" من المادة.. وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط".

وكما هو واضح فإن تقادم حقوق الإرث المذكورة فى النص هو تقادم مسقط لا مكسب، فالوارث الذى يسكت عن المطالبة بحقه فى الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة يسقط حقه فى الإرث، ويؤول إلى باقى الورثة[1].

وعلى ذلك فإن ليس هناك ما يمنع أن يتملك الوارث أحد أعيان التركة بالتقادم المكسب إذا ظلت حيازته لها مدة خمسة عشرة سنة فى ذلك شأن أى شخص آخر أجنبى عن التركة "فليس هناك فى هذا الخصوص فارق بين الأعيان الموروثة وأية أعيان أخرى، ولا بين الوارث وشخص أجنبى عن التركة[2].

- **حساب المدة**

والقاعدة فى هذا الصدد أن المدة تحسب بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول. وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها. (م٣٨٠ مدنى وقد أحالت إليها المدة ٩٧٣ مدنى). وتحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادى.

- **وقف التقادم**

يقصد بوقف التقادم أن يتعطل سريان التقادم لسبب معين، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا السبب. أى أن الفترة التى يقف التقادم أثنائها لا تحتسب فى مدة التقادم. ويستوى أن يكون التقادم قد بدأ قبل تحقق سبب الوقف أو لم يكن قد بدأ عند تحقق هذا السبب. وقد أحال المشرع بصدد التقادم المكسب إلى أحكام التقادم المسقط فيما يتعلق بالوقف بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب (م٩٧٣ مدنى) وعلى ذلك تطبق أحكام المادة ٣٨٢ مدنى على التقادم المكسب فيما عدا ما خرج عليه المشرع فى المادة ٩٧٤ مدنى. ومن مجمل هذه الأحكام تستطيع أن نعرض أحكام الوقف فيما يلى :

---

(١) نقض ١٩٧٥/٥/١٣ س٢٦ ص٩٩٧، ١٩٧٩/٦/٤ س٣٠ ص٥٣٩، ١٩٨٩/٥/٢١ الطعن رقم ١٧٣٤، سنة ٥٦ق.

(٢) نقض ١٩٧١/٣/١١ س٢٢ ص٢٨٢ حيث قضت المحكمة بأنه "ليس فى القانون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ما يحرم على الوارث أن يتملك كأى شخص أجنبى عن التركة، يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون".

١ـ يقف التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على من يسرى التقادم ضده أن يرفع على الحائز الدعوى التى تحمى حقه؛ أياً كان هذا المانع وذلك تطبيقاً لحكم المادة ٢/٣٨٢ بمقتضى الإحالة الواردة فى المادة ٩٧٣ مدنى.

وقد يكون المانع مادياً، كالحروب والزلازل والفيضانات وما إلى ذلك. المهم فى النتيجة أن من يسرى التقادم ضده لا يستطيع أن يرفع الدعوى التى تحمى حقه على الحائز. ولا يشترط أن يرقى هذا المانع إلى مرتبة القوة القاهرة.

وقد يكون المانع قانونياً أو أدبياً كعلاقة الابن بأبيه، والزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية، وعلاقة السيد بخادمه، وعلاقة العامل برب العمل، وعلاقة الأصيل بنائبه والمانع الأدبى لا يحول بصفة مطلقة من اكتساب الحق بالتقادم، ولكن المهم ألا تكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس أو تكون الحيازة عرضية لا قانونية.

٢ـيقف التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية بشرط ألا يوجد من يمثل أياً منهم قانوناً (وذلك تطبيقاً للمادة ٢/٣٨٢ مدنى). ويقف التقادم المكسب لهذه الأسباب أياً كانت مدته طبقاً لنص المادة ٩٧٤ مدنى وعلى خلاف الحكم الوارد فى المادة ٢/٣٨٢ مدنى والتى تقصر الوقف لهذه الأسباب على التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات.

ـ وأسباب وقف التقادم لا يترتب عليها أثرها، وهو الوقف، إلا لمصلحة من قامت لديه دون غيره، مثال ذلك من حاز عقاراً مملوكاً لعدة شركاء، وقام المانع لدى بعضهم دون البعض الآخر. فإن وقف التقادم يكون بالنسبة لمن قام المانع لديه دون الآخرين".

– انقطاع التقادم

يقصد به إلغاء أو محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لسبب معين، على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذى أدى إلى الانقطاع.

وقد أحال المشرع بخصوص أحكام انقطاع التقادم المكسب إلى الأحكام الواردة فى خصوص التقادم المسقط (م٣٨٣ مدنى) بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب (م٩٧٣ مدنى) وأورد المشرع أحكام

خاصة بالتقادم المكسب فى المادة ٩٧٥ مدنى والتى تنص على أنــه "١- ينقطــع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عـن الحيــازة أو فقدهـا ولـو بفعـل الغـير". "٢- غير أن التقادم لا ينقطــع بفقـد الحيــازة إذا اسـتردها الحــائز خــلال سـنة أو رفـع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد". ولذلـك سـنعرض للانقطــاع الطبيعـى وهـو الذى يتعلق بزوال الحيازة، والانقطاع المدنى والذى أحالت إليه المادة ٩٧٣.

- الانقطاع الطبيعى

وهذا الانقطاع يرجع إلى زوال الحيازة من الحائز خــلال مـدة التقـادم.. وقد سبق أن تعرضنا لزوال الحيازة من قبل فنحيل إليه.

ويشترط لكسب الحق بالتقادم أن تستمر الحيازة طـوال المدة المطلوبـة للتقادم دون انقطاع فقد كان من مقتضى ذلك أن يقوم الحائز الذى يتمسك بالتقادم لكسب الحق أن يثبت هذا الشرط، وهذا عبء ثقيل قد لا ينهض بـه لذلـك وضـع المشرع لصالحه قرينة على استمرار الحيازة فتنص المادة ٩٧١ مدنى على أنه "إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حـالاً، فـإن ذلـك يكـون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل على العكس".

ويترتب على انقطاع التقادم بزوال الحيازة إلغاء أو محو ما تـم سـريانه من مدة التقادم على أن تبدأ مدة تقادم جديدة مــن الوقـت الـذى يعـود فيـه الشـئ ثانية إلى حيازة الحائز. ويتوقف نوع التقادم الجديـد علـى الشـروط التـى تتوفـر للحائز، فإذا استرد العقار بناءً على سبب صحيح وكان حسن النيـة كـان التقـادم قصيراً مدته خمس سنوات، وإلا كان التقادم طويلاً مدته خمس عشرة سنة.

- الانقطاع المدنى

وهـو الـذى يتحقق لسبب غـير زوال الحيــازة، وقـد أحــال المشــرع بخصوص إلى قواعد التقادم المسقط (م٣٨٣ مدنى).

وتتلخص هذه الأسباب فيما يلى :

١- **انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية :** أى مطالبة المالك الحائز بحقه : ويتم الانقطاع بالمطالبة القضائية أياً كان شكلها وأياً كان وقتها، وينقطع التقادم من وقت المطالبة ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

٢- **انقطاع التقادم بالتنبيه :** إذا كـان بيـد صـاحب الحـق سـند تنفيـذى ويريـد التنفيذ بموجب هذا السند، فإنه يلزم إعلان السند التنفيذى للمدين قبل التنفيذ

وهذا الإعلان يشمل التنبيه. وهذا التنبيه يقطع التقادم بشرط أن يكون كل من السند التنفيذى والتنبيه صحيحاً.

٣- **انقطاع التقادم بإقرار الحائز بالحق :** ينقطع التقادم إذ أقر الحائز بالحق الذى يحوزه لصاحب هذا الحق، حيث أن هذا الإقرار لا ينطوى على الإقرار بالواقع فحسب وإنما أيضاً على تصرف قانونى وهو النزول عما انقضى من مدة التقادم. وهذا الإقرار قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

- ويترتب على انقطاع التقادم لهذه الأسباب محو وإلغاء المدة السابقة للانقطاع على أن يبدأ تقادم جديد من يوم صدور الحكم لصالح المالك أو من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص إن كان سبب الانقطاع هو المطالبة القضائية، ومن يوم التنبيه أو الحجز أو الإقرار إذا انقطع بسبب من هذه الأسباب وتكون مدة التقادم الجديد هى مدة التقادم الأول (م١/٣٨٥ مدنى).

انتقال الحيازات وضم الحيازات

سبق أن رأينا أن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها، أما بالنسبة للخلف الخاص فحيازته مستقلة عن حيازة السلف.

وتنص المادة ٩٥٥ مدنى على أنه "١- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته" "٢- ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفة فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر".

انتقال الحيازة إلى الخلف العام

القاعدة أن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام، كالوارث أو الموصى له بحصة معينة من التركة، بصفاتها، فحيازة الخلف العام استمرار لحيازة سلفه، وعلى ذلك يستمر الخلف فى هذه الحيازة حتى تتم المدة التى بدأها السلف.

وكان مقتضى هذه القاعدة أنه إذا كان السلف قد حاز عقاراً بناءً على سبب صحيح ولكنه كان سيئ النية بحيث لا تصلح حيازته للتملك بالتقادم الخمسى، فإن الخلف الخاص ولو كان حسن النية لا يتملك إلا بمقتضى التقادم الطويل. ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة وقرر "أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته"

(م١/٩٥٥ مدنى) وعلى ذلك يستطيع الخلف أن يستند إلى حسن نيته هو بعد إثباته مع السبب الصحيح الصادر لسلفة ليتمسك بالتقادم الخمسى ويلزم أن تستمر حيازة الخلف خمس سنوات كاملة وذلك لأن حيازة سلفة لم تكن صالحة للتقادم الخمسى إذ الفرض أنه سئ النية.

- ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص

تنص المادة ٢/٩٥٥ مدنى على أنه "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفة فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر".

والخلف الخاص هنا له معنى يختلف عن معناه الفنى، والخلف الخاص، فيما يتعلق بالحيازة، هو كل حائز قامت بينه وبين سلفة علاقة قانونية أدت إلى انتقال الحيازة، سواء كان هذا الإنتقال بناءً على التزام السلف بتسليم الشىء، أو كان بناءً على التزام بالرد ناشئ عن فسخ سنده أو إبطاله أو الرجوع فيه. حيث أن العبرة هى بوجود صلة بين الحيازة الحالية والحيازة السابقة بحيث تجعل الأولى نتيجة طبيعية للثانية، كعلاقة المشترى بالبائع، والموهوب له بالواهب، والموصى له بالموصى، وعلاقة الراسى عليه بالمحجوز عليه، وعلاقة البائع بالمشترى عندما يبطل البيع أو يفسخ ويرد المبيع. وقد سبق أن تكلمنا عن كيفية انتقال الحيازة".

الخلف الخاص يستمد حقه من سنده الذى صدر إليه من سلفه بينما الخلف العام يستمد حقه من سند سلفه. ولذلك كان هناك اختلاف فى مركز كل منهما فحيازة الخلف العام تعتبر استمراراً لحيازة سلفه، والأمر يتعلق بالاستمرار لا بالضم وما يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه. أما حيازة الخلف الخاص فهى حيازة مستقلة عن حيازة السلف، قد تماثلها فى صفاتها، وقد تختلف عنها، ولذلك يكون هناك حيازتان مستقلتان يجوز ضمهما بالمعنى الصحيح. ولذلك فإن الخلف الخاص لا يتقيد بحيازة سلفه، فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة فى ذلك، فإن لم تكن له مصلحة فيطرحها ويكتفى بحيازته هو. ولكن يشترط لإمكان الضم أن تكون حيازة السلف حيازة قانونية صالحة للتقادم المكسب الذى يتمسك به الخلف ولبيان ذلك يجب أن نميز بين فرضين :

الفرض الأول : أن تكون حيازة السلف وحيازة الخلف متماثلين : فإذا كانت حيازة السلف مقترنة بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح مدة ثلاث سنوات ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية فيكون لهذا المشترى أن يضم إلى حيازته حيازة البائع فيكون له أن يتمسك بالتقادم الخمسى إذا استمرت حيازته هو سنتين. وإذا كانت كل من الحيازتين غير مستوفية لشروط التقادم القصير، جاز الضم أيضاً للتمسك بالتقادم الطويل.

الفرض الثانى : أن تكون حيازة السلف وحيازة الخلف غير متماثلين، فإذا كانت إحدى الحيازتين فحسب هى التى يتوافر فيها شروط التقادم الخمسى، فإن القاعدة ذات اتجاه واحد، بمعنى أن مدة الحيازة الصالحة للتقادم القصير يجوز أن تضم لكى تكمل مدة الحيازة الصالحة للتقادم الطويل فقط، حيث أن هذا الأخير لا يتطلب سوى شرطى الحيازة والمدة، أما العكس فهو غير صحيح حيث أن الحيازة فى التقادم القصير يجب أن تقترن منذ البداية بحسن النية، علاوة على السبب الصحيح، والفرض فى التقادم الطويل أن الحائز سىء النية ولذلك يجب على الخلف الخاص الذى توفر لديه شروط التقادم القصير أن تستمر حيازته هو خمس سنوات ما لم يكن التمسك بالتقادم الطويل بعد ضم حيازة سلفة له أفضل بأن يكون استمرت حيازة سلفه اثنتا عشرة سنة فيكون له أن يستمر فى الحيازة ثلاث سنوات فقط ويكتسب الحق بالتقادم الطويل.

ويجب بطبيعة الحال أن تكون حيازة السلف قانونية وخالية من العيوب. فإذا شابها عيب من عيوب الحيازة فلا تصلح للضم. وكذلك إذا كانت حيازة عرضية، كما لو اشترى الحائز الشىء الذى يحوزه من مستأجر. كما يلزم أن يكون الحق الذى حازه السلف من نفس طبيعة الحق الذى يحوزه الخلف أو على الأقل يتضمنه، فالخلف الذى يحوز حق الانتفاع له أن يضم حيازة سلفه الذى كان يحوز الإنتفاع أو حق الملكية. أما الخلف الخاص الذى يحوز حق الملكية فليس له أن يضم حيازة السلف الذى كان يحوز الانتفاع فقط. وأخيراً تشترط محكمة النقض لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية العقار بالتقادم أن لا يكون هذا السلف مالكاً للعقار وقت تصرفه فيه إلى خلفه، أما إذا كان السلف مالكاً للعقار فعلاً بأى طريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو

المالك دون خلفه الخاص الذى لا يتملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها"[1].

وحيث أن نص المادة ٢/٩٥٥ يجرى على أنه "ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته سلفة فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر" وكما هو واضح فإن هذا النص جاء مطلقاً من كل قيد، والقاعدة أن المطلق يجرى على إطلاقه ولا يجوز تقييده : لذلك فإن إضافة محكمة النقض لضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص شرط عدم ملكية هذا السلف للعقار موضوع الحيازة وقت تصرفه فيه إلى خلفه يعتبر من قبيل تقييد المطلق بغير مخصص. فالنص الصريح القطعى الدلالة على المراد منه، لا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره. وعلى ذلك فإن مقتضى هذا النص فى إطلاقه "أنه يجوز للخلف الخاص وفى جميع الأحوال ضم مدة حيازة سلفة إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم"[2] وبغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكاً للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك"[3].

٢- الشروط الخاصة بالتقادم القصير

يجب أن يتوافر فى التقادم الخمسى والذى يقتصر على العقارات الشروط العامة فى التقادم، وهى الحيازة القانونية الخالية من العيوب بالإضافة إلى استمرار هذه الحيازة مدة خمس سنوات.

إلى جانب هذه الشروط العامة يجب أن يتوافر فى التقادم الخمسى شرطان آخران وهما أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح، وأن يكون الحائز حسن النية، وقد نصت على ذلك المادة ١/٩٦٩ مدنى بقولها أنه : "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات"[4].

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/٢٨ الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٤٩ق مجلة القضاة السنة ٢٥ العدد الثانى يوليو – ديسمبر ١٩٩٢ ص١٢٦.

(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض بكامل هيئتها فى ١٩٩٦/١/٢ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ق مجلة القضاة ٢٧ العدد الأول يناير يونيه ١٩٩٦ ص٢٣٦.

(٣) نقض ١٩٩٦/١/٢ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ق "هيئة عامة" السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٩٩١/٤/٤ مجموعة أحكام النقض س٤٢ ص٨٧٦، ١٩٩٤/٣/٣١ س٤٥ ص٦١٣.

وقد سبق وأن عرضنا للشروط العامة، ولذلك سنقتصر هنا على دراسة الشروط الخاصة.

الشرط الأول : السبب الصحيح

أولا : المقصود بالسبب الصحيح

وقد عرف المشرع السبب الصحيح في المادة ٣/٩٦٩ مدني بأنه "سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون".

مما تجد الإشارة إليه منذ البداية أن المقصود بالسند في هذا الصدد هو التصرف negatum الصادر إلى الحائز والذي تستند إليه الحيازة، كالبيع الذي بموجبه اشترى الحائز العقار محل الحيازة، وليس المقصود بالسند هنا الكتابة instumentum المثبتة للتصرف القانوني الصادر إلى الحائز".

كما أن وجود سبب صحيح تستند إليه الحيازة في التقادم الخمسي يفترض أن الحق محل الحيازة كان لينتقل إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف. أما حيازة الخلف العام فإنها تعتبر استمرار لحيازة سلفه. وبالتالي لا يكون له سندا خاصا به في التقادم الخمسي، وإنما ينظر في هذا الشأن إلى السند الذي يستمد منه المورث أو الموصي حقوقه في خصوص الحيازة".

والسبب الصحيح بهذا المعنى لا يتأثر في وجوده بالعيوب التي تلحق سند السلف، وهو الحائز السابق، فلا أهمية في هذا الخصوص لكون السلف حائزا بدون سند، أو لكونه حائزا عرضيا، أو لكون سنده باطلا. إذ أن الحائز الحالي لا يكسب الملكية بناء على سند سلفه، وإنما يكتسبها بناء على حيازة مستندة إلى سنده هو، أي السبب الصحيح الذي كان يكسبه الحق لو أن سلفه كان مالكا، وعلم الحائز بهذه العيوب يجعله سيء النية، ولكنه لا يحول دون توفر السبب الصحيح لديه.

ولما كان الهدف من التقادم الخمسي هو تغطية العيب الناجم من عدم ملكية السلف فقط دون بقية العيوب الأخرى التي تلحق التصرف الصادر من السلف لذلك يجب أن يوجد حقيقة سبب صحيح، أي يكون هناك سند من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني لو أن السلف كان مالكا أو صاحب الحق، أما شرط حسن النية الذي يجب توفره إلى جانب السبب الصحيح بهذا المعنى فإنه

يقوم على اعتقاد الحائز بأنه قد تلقى العقار بموجب سبب صحيح من كل الوجوه وهذا الاعتقاد وحده بوجود السبب الصحيح لا يغنى عن الوجود الحقيقى لهذا السبب.

خاتمة : تعريف السبب الصحيح : يمكن على ضوء ما تقدم من ملاحظات أولية أن نعرف السبب الصحيح بأنه "كل تصرف قانون يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشىء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه نقل الملك أو الحق العينى لو أنه صدر من مالك أو صاحب الحق".

ثانياً : شروط السبب الصحيح : يتضح من التعريف السابق أنه يجب أن يتوافر فى السبب الصحيح عدة شروط :

١- يجب أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً، كالبيع والهبة والوصية بمال معين. والأحكام الناقلة للحق، كحكم رسو المزاد الذى يؤدى إليه نزع ملكية المدين بناءً على طلب دائنيه.

وعلى ذلك لا يعتبر الميراث سبباً صحيحاً حيث أن الوارث خلف عام لمورثه وبالتالى لا يكون له فيما يتعلق بالتقادم الخمسى سند خاص به، بل ينظر فى هذا الشأن إلى سند المورث كما سبق أن بينا. وكذلك لا تعتبر الوصية بحصة من التركة (١/٤، ١/٥ التركة) سبباً صحيحاً لأن الموصى له خلف عام للموصى.

٢- أن يكون التصرف صادراً من غير مالك أو صاحب للحق العينى محل الحيازة، فالتقادم الخمسى يقتصر غرضه على تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف، فهو لا يؤدى إلى زوال العيوب الأخرى التى تلحق التصرف.

وعلى ذلك إذا صدر من مالك، فإنه لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للحائز أن يتملك بالتقادم الخمسى، فإذا قام سبب يؤدى إلى إبطال هذا التصرف أو فسخه فإنه لا يستطيع من صدر له التصرف أن يتمسك بالتقادم الخمسى لكى يحول دون هذا الإبطال أو الفسخ ويجوز للمتصرف أن يرجع عليه مادامت دعوى الإبطال أو الفسخ لم تسقط بالتقادم".

ويستوى لاعتبار المتصرف غير مالك ألا يكون له أى حق أصلا على العقار، أو يكون له حق ولكنه زال بأثر رجعى، كما لو أبطل سنده أو فسخ، إذ فى هذه الحالة يكون للمتصرف إليه إذا كان حسن النية ومضت خمس سنوات على حيازته للعقار المتصرف فيه أن يتوقى أثر زوال سند المتصرف زوالا رجعيا بالتمسك بالتقادم الخمسى، استنادا إلى أنه بهذا الزوال يعتبر هذا التصرف سببا صحيحا فيكتسب بهذا التقادم ملكية العقار المتصرف فيه دون أن يتأثر بالزوال الرجعى لسند المالك المتصرف، وقد لا يكون فى حاجة إلى ذلك إذا كان قد سجل تصرفه بحسن نية قبل التأشير بدعوى الإبطال أو الفسخ المرفوعة على المتصرف".

وقد سبق أن رأينا[1] أن تصرف الشريك فى الشيوع فى جزء مفرز من العقار الشائع يعتبر سببا صحيحا باعتباره صادرا من شخص لم يكن صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، فالحق المراد كسبه بالتقادم فى هذه الحالة هو حق الملكية المفرزة والفرض أن الشريك المتصرف ليس صاحب هذا الحق، فهو ليس إلا مالكا مشتاعا.

٣- يجب أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العينى وعلى ذلك يجب أن نعرض لنقطتين :

(١) يجب أن يكون من التصرفات الناقلة، كالبيع والمقايضة والهبة والوفاء بمقابل. وبالتالى التصرفات الكاشفة لا تصلح أن تكون سببا صحيحا كالقسمة والصلح. وكذلك الأحكام القضائية المقررة لا تصلح أن تكون سببا صحيحا، كالحكم الصادر فى دعوى الاستحقاق. أو الحكم الصادر برسو المزاد عندما يباع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عينا إذا رسا المزاد على أحد الشركاء، إذ يكون المزاد قسمة وينطبق عليه الأثر الكاشف.

(٢) يجب أن يكون من شأن هذا التصرف أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق، لذلك يجب أن يكون السبب الصحيح مسجلا (م٢/٩٦٩ مدنى)[2]. وسوف يترتب على ذلك أن يندر كسب الحق بالتقادم

---

(١) انظر ما سلف ص ١١٨ هامش ٥.

(٢) نقض ١٩٩٤/٢/٢٠ ص٤٥ ص١٤٢٩.

الخمسى لأن مكاتب الشهر العقارى لا تقوم بتسجيل التصرف إلا إذا قدمت إليها مستندات ملكية المتصرف.

كما يجب أن يكون التصرف موجود قانونا، وبالتالى لا يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف الباطل بطلانا مطلقا، والتصرف الصورى، والتصرف الظنى والتصرف المعلق على شرط واقف.

الشرط الثانى : حسن النية

تنص المادة ٩٦٥ مدنى على أنه "١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم". "٢- فإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله". "٣- وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس".

كما تنص المادة ٩٦٦ مدنى على أنه "١- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير". "٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره".

وعلى ضوء هذه النصوص يجب أن نحدد المقصود بحسن النية، والوقت الذى يلزم فيه توافر حسن النية، وأخيرا إثبات حسن النية.

أولا : المقصود بحسن النية

"يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم" (م٩٦٥/١ مدنى) "ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره" (م٩٦٦/٢ مدنى).

وعلى ذلك فإن المشرع يأخذ فيما يتعلق بحسن نية الحائز بمعيار شخصى، ولكنه يقرن هذا المعيار بمعيار موضوعى.

فيعتبر الحائز فى التقادم الخمسى حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدى على حق الغير، أى يعتقد أن من تصرف إليه فى العقار هو المالك الحقيقى. فحسن النية يقوم أساسا على اعتقاد الحائز نفسه وهذا معيار شخصى. ويجب أن يكون هذا الاعتقاد تاما لا يشوبه الشك. وعلى ذلك ينتفى حسن النية إذا كان الحائز يعلم بأن ملكية العقار محل نزاع أمام القضاء بين من يتصرف إليه وشخص آخر، أو أنه يعلم بما يشوب سند التصرف من عيب يؤدى إلى انتفاء

وجوده أو يمكن أن يؤدى إلى زواله، كأن يعلم أن سند المتصرف باطل أو قـابل للإبطال أو الفسخ أو الرجوع".

وقد أكمل المشرع هذا المعيار الشخصى، بمعيار موضوعى فاشترط ألا يكون جهل الحائز ناشئا عن خطأ جسيم. والخطأ الجسيم هو ما لا يقع فيه الشخص المهمل أو قليل العناية، مثال ذلك أن يقدم المشترى على البيع دون أن يتحقق من مستندات ملكية البائع".

- وقد خص المشرع حالة اغتصاب الحيازة بالإكراه عن غيره بحكم خاص وجعل الحائز سيء النية فى هذه الحالة حتى ولو كان حسن النية طبقا للمعيارين السابقين. مثال ذلك أن يكون الحائز قد اشترى العقار من شخص معتقدا أنه المالك، ولم يكن اعتقاده هذا مبنيا على خطأ جسيم، وكان العقار فى حيازة شخص ثالث رفض تسليم العقار فاغتصب المشترى هذه الحيازة بالإكراه فيعتبر سيء النية وبالتالى لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم الخمسى فى مواجهة المالك الحقيقى.

ومسألة تقدير حسن النية من عدمها مسألة واقع يستقل قاضى الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغا[1]. والعبرة فى تقدير حسن النية أو سوء النية هى بنية الحائز نفسه إلا إذا كان عديم الإرادة فتكون العبرة بنية من يمثله. وإذا كان الحائز شخصيا معنويا فالعبرة بنية من يمثله (م٩٦٥/٢ مدنى).

ثانيا : بالنسبة للوقت الذى يلزم فيه حسن النية

لا يشترط حسن النية إلا وقت تلقى الحق (م٩٦٩/٢ مدنى). والمقصود بوقت تلقى الحق هو الوقت الذى يحدده القانون لانتقال الحق العقارى، أى وقت تسجيل السبب الصحيح. وإذا كان السبب الصحيح وصية فيجب أن تسجل أيضا لكى ينتقل الحق إلى الموصى له. لكن هذا الإنتقال لا يتم إلا وقت وفاة الموصى. فإذا كانت الوصية قد سجلت قبل الوفاة فإن الوقت الذى يجب فيه توافر حسن النية يكون هو وقت وفاة الموصى، لأنه هو وقت انتقال الحق. وإذا كان تسجيل الوصية تراخى إلى ما بعد الوفاة فيجب توافر حسن النية وقت التسجيل، ولا عبرة فى هذا الشأن بوقت قبول الوصية، لأن هذا القبول يعتبر شرطا للزوم

---

(١) نقض ١٩٩٢/١/٢٦ س٤٣ ص٢٤٣.

الوصية، لكى يمتنع ردها، لا لانتقال الحق، والفرض فى كل هذا أن الموصى له يعلم وقت انتقال الحق بالوصية فإذا لم يكن يعلم بها إلا فى وقت لا حق فلا يتصور بداهة أن نتطلب حسن النية لدى الموصى له فى خصوص أمر يتعلق بتصرف لم يكن يعلم عنه شيئا.

وتوافر حسن النية فى هذا الوقت يكفى ولا أثر لسوء النية الطارئ بعد ذلك.

ثالثا : فيما يتعلق بإثبات حسن النية

حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس (م٣/٩٦٥ مدنى) فالأصل أن يعتبر الحائز حسن النية، وإذا ادعى المالك الذى يتمسك فى مواجهته الحائز بالتقادم الخمسى خلاف هذا الأصل فعليه أن يثبت ذلك[1].

وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م٩٦٧ مدنى) وعلى ذلك إذا كانت الحيازة قائمة قبل بدء سريان التقادم الخمسى وثبت أنها بسوء نية، فإن الحائز حين يتمسك بهذا التقادم لا يفترض حسن النية لديه فى هذه الحالة، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على أنه قد طرأ ما جعله حسن النية، بأن يثبت أنه فى أثناء الحيازة اشترى العقار من شخص اعتقد أنه المالك الحقيقى.

ثانياً : آثار التقادم المكسب

لا يرتب التقادم سواء كان طويلاً أو قصيراً، آثاره بمجرد اكتمال مدته وإنما يجب أن يتمسك به الحائز أو من له مصلحة. كما أنه إذا كان أحكام التقادم تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه من جانب الحائز. ولكن إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك به الحائز ترتبت عليه آثاره، على ضوء ذلك فإنه يجب أن نعرض أولاً لوجوب التمسك بالتقادم، وثانياً، للنزول عنه، وأخيراً للآثار التى تترتب عليه.

١- وجوب التمسك بالتقادم

تحيل المادة ٩٧٣ مدنى فى هذا الخصوص على التقادم المسقط، بحيث تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام

---

(١) نقض ١٩٩٢/١/٢٦ س٤٣ ص٢٤٣.

القضاء بالقدر الذى لا تتعارض هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب. وتنص المادة ٣٨٧ مدنى على أنه "١- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين" "٢- ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية"[(١)].

أ- الحكمة من ذلك : إذا كان القانون قد أقر التقادم المكسب لاعتبارات معينة إلا أن هذا لا يخفى **حقيقة هامة** هو أن الحائز يكتسب ملكية شىء أو حق عليه رغماً عن إرادة صاحب هذا الشىء. ولذلك استلزم القانون التمسك بالتقادم من جانب الحائز لأن الأمر يتطلب الاحتكام إلى ضميره، ولذلك فقد يأبى عليه ضميره أن يتمسك بهذه الوسيلة ولذلك ترك المشرع بعدما أحاط أحكام التقادم بالقيود والشروط اللازمة الخيار للحائز من أن يتمسك بالتقادم أو ينزل عنه"[(٢)].

ويترتب على ذلك أنه لو اكتملت مدة التقادم ورد الحائز الشىء إلى مالكه قبل أن يتمسك بالتقادم كان هذا الرد وفاءً بالتزام مدنى فلا يسترد الشىء بدعوى أنه كسب بالتقادم حتى ولو كان الرد عن غلط بأن اعتقد الحائز وقت الرد أن مدة التقادم لم تكتمل".

ب- كيفية ونطاق التمسك بالتقادم من حيث الأشخاص

وسنرى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، كما أنه يجوز للحائز التمسك بالتقادم وكذلك كل ذى مصلحة.

١-لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، ولذلك يجب التمسك به من جانب الحائز أو من له مصلحة فى ذلك بطريق الطلب الجازم[(٣)].

ويتم التمسك بالتقادم أمام القضاء، وهذا التمسك لم يتطلب فيه القانون شكلاً خاصاً فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، وفى هذا الفرض الأخير يجب أن

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٣ س٢٣ ص٦٦٢ "لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتملك العقار بالمدة الطويلة المكسبة للملكية باعتباره سبباً جديداً لا يقبل التحدى به أمامها لأول مرة".

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ س٣٧ ص٦٢ "اكتساب الحائز ملكية الشىء أو الحق محل الحيازة بالتقادم لا يقع تلقائياً بقوة القانون، وإنما يتوقف على إرادة الحائز إن شاء تمسك به أو تنازل عنه صراحة أو ضمناً".

(٣) نقض ١٩٩٦/٣/١٣ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ق، مجلة القضاة السنة ٢٧ العدد الأول ص٢٧٣.

يستخلص هذا التمسك بوضوح من الطلبات بحيث لا يوجد شك في حصوله. ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف.

٢-من حيث الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالتقادم، فالأصل أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم، وبالتالي يجوز لخلفه العام والخاص أن يتمسك به أيضاً، كما أنه يجوز لدائن الحائز ولكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم. وبطبيعة الحال يكون تمسك الدائن بالدعوى غير المباشرة، وذلك على خلاف الأصل العام، حيث أن التمسك بالتقادم رخصة، وكما أنه أمر يتعلق بشخص الحائز، ولولا النص لما جاز للدائن أن يتمسك بالتقادم. كما أن من بين الأشخاص الذين لهم مصلحة في التمسك بالتقادم من تصرف للحائز في الحق الذي يحوزه وذلك حتى يتفادى رجوع الحائز عليه بضمان الاستحقاق".

والتمسك بأحد نوعي التقادم لا يعتبر متضمناً التمسك بالنوع الآخر حيث أن لكل منهما شروطه المختلفة. وعلى ذلك إذا ما تم التمسك بنوع من التقادم فإنه هذا لا يغني عن التمسك بنوع آخر. فإذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل وتبين للمحكمة أن مدته لم تكتمل فإنه ليس لها أن تبحث فيما إذا كانت شروط التقادم القصير (الخمسي) متوفرة ما دام لم يحصل التمسك به، وكذلك الحال في الصورة العكسية.

٢- جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

وهذا طبقاً لنص المادة ٣٨٨ مدني والتي أحالت إليها المادة ٩٧٣ مدني حيث تنص على أنه "١- لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون". "٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم".

وبذلك ترك المشرع للحائز دائماً الباب مفتوحاً في كل مرة يأبى عليه ضميره أن يكسب الحق عن هذا الطريق. فله كما سبق أن رأينا ألا يتمسك به أصلاً، بل وله بعد أن تكتمل مدة التقادم أن ينزل عنه. وكذلك يجوز النزول أثناء

سريان مدة التقادم ولكن يقتصر أثر النزول في هذه الحالة عما انقضى منها فقط".

وهذا النزول تصرف قانوني بالإرادة المنفردة لا يحتاج إلى قبول. وهذا النزول لا يلزم فيه شكل خاص فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، كأن يعد الحائز بتقديم حساب عن غلة الشيء، أو أن يستأجر الشيء من مالكه.

وإذا كان النزول يتم قبل التمسك بالتقادم، وبالتالي يعتبر اسقاطاً لرخصة التملك بالتقادم لا تصرفاً في الحق. إلا أن المشرع اشترط لصحته أن تتوافر، لمن نزل عنه أهلية التصرف في حقوقه، وذلك على اعتبار أن هذا النزول يعادل في خطورته من الناحية العملية التصرف في حق الملكية".

وإذا كان يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، إلا أن أثر هذا النزول نسبي، **فهو لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوي المصلحة الآخرين** الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم. كما أن المادة ٢/٣٨٨ مدني مصري قد أجازت، استثناءً للدائنين أن **يطعنوا** في النزول عن التقادم من جانب الحائز بالدعوى البوليصية بالرغم من أن هذا التصرف من جانب الحائز ليس تصرفاً مفقراً إذ هو لا ينقص حقوق المالية، ولا ينشئ التزاماً جديداً، ولكن المشرع رأى أن مثل هذا النزول من جانب الحائز ظاهر العنت بالنسبة لدائنيه.

٢- أثر التمسك بالتقادم

إذا تمسك الحائز بالتقادم ووجدت المحكمة أن شروطه متوافرة وقضت له بكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة، فإن ذلك **يتم بأثر رجعي من وقت قيام الحيازة**. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

(أ) كسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة

إذا حصل التمسك بالتقادم فإن الحائز يكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة. فالتقادم سبب من أسباب كسب الملكية أو الحق العيني، ولذلك يستطيع الحائز إذا اكتملت مدة التقادم أن يعتبر نفسه مالكاً ويتصرف على هذا الأساس حتى ولو لم يكن قد سبق له التمسك بالتقادم أمام القضاء. وقد جرى العمل في الشهر العقاري على إمكانية تسجيل حق الملكية المكتسب عن طريق التقادم من خلال إجراء التحريات على توافر شروطه وعناصره والإعلان عن ذلك في صحيفتين يوميتين خلال مدة معينة فإذا لم يعترض أحد تم تسجيل حق

الملكية المكتسب عن طريق التقادم. كما أن الحائز قد لا يكون في حاجة إلى ذلك ويستمر في ملكيته للشيء إلى أن يرفع عليه المالك الأصلي للشيء دعوى الاستحقاق في هذه الحالة يستطيع أن يدفع بالتقادم. كما أنه يستطيع عند اعتداء الغير على حقه واغتصاب الشيء منه، أن يرفع دعوى الاستحقاق حيث يتمسك بأنه تملك هذا الشيء بالتقادم.

ويتحدد مدى ما يكسبه الحائز من حق بحسب ما وردت عليه الحيازة فمن حاز جزء من عقار لا يكسب سوى ملكية هذا الجزء، ومن حاز حق استعمال أو حق انتفاع لا يكسب بالتقادم سوى هذا الحق محل الحيازة، ومن فتح مطلاً على ملك الجار دون مراعاة المسافة القانونية طوال المدة اللازمة للتقادم، كان الارتفاق بالمطل الذي يكسبه مقيداً بمقدار ما فتحه من نوافذ طوال هذه المدة فلا يجوز له أن يفتح نوافذ جديدة أو يزيد من اتساع النوافذ الموجودة". وفي التقادم الخمسي يتحدد الحق الذي يكسبه الحائز كذلك بالسبب الصحيح فمن اشترى عقاراً من غير مالك وكان حسن النية ثم وضع يده على مساحة أكبر مما اشتراها فلا يتملك بالتقادم الخمسي إلا الجزء الذي اشتراه فقط، ولا يكسب الجزء الزائد إلا بالتقادم الطويل إذا توافرت شروطه".

- التكاليف العينية المحمل به الشيء

القاعدة : في هذا الصدد أن الحائز يكسب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدء سريان التقادم فإذا كان المالك الأصلي قد رتب على الشيء قبل هذا الوقت حقوقاً عينية أصلية، كالانتفاع أو الارتفاق، فالأصل أن تبقى هذه الحقوق قائمة بعد تمام التقادم، ويكسب الحائز ملكية الشيء محملاً بهذه الحقوق، هذا كله ما لم تكن هذه الحقوق قد سقطت بعدم الاستعمال أو اكتسبت ذاتها بالتقادم المكسب القصير.

كما أنه إذا كان المالك الأصلي قد رتب على الشيء قبل بدء سريان التقادم، الطويل أو القصير، حقاً عينياً تبعياً أو ترتب الحق ضده، كالرهن والاختصاص والامتياز، فإن هذا الحق يبقى قائماً لا يتأثر بالتقادم المكسب بحيث يتملك الحائز الشيء محملاً بالحق، إلا إذا كان هذا الحق قد انقضى وفقاً للقواعد العامة في انقضاء الحقوق العينية التبعية".

(ب) كسب الملكية أو الحق العينى بأثر رجعى

إذا كسب الحائز الملكية أو الحق العينى بالتقادم كان ذلك بأثر رجعى، حيث يعتبر الحائز مالكاً من الوقت الذى بدأ فيه سريان التقادم وليس من الوقت الذى اكتملت فيه مدة التقادم"[1]. وذلك احتراماً للأوضاع المستقرة وحمايتها، وهذا يسرى بالنسبة للتقادم الطويل والتقادم القصير على السواء.

ويترتب على الأثر الرجعى لاكتساب الملكية أو الحق العينى نتيجتان :

الأولى : من حيث ملكية الثمار التى أنتجها الشىء خلال مدة التقادم، فإن الحائز يكتسبها بصفته مالكاً لا على أساس أنها نتجت وهو حائز، ويترتب على ذلك اختلاف فى الأحكام بين تملكها باعتباره مالكاً وتملكها باعتباره حائزاً. فنتيجة الأثر الرجعى يستحق الحائز هذه الثمار، باعتباره مالكاً لا حائزاً، سواء قبضها فعلاً أو لم يقبضها وسواء كان حسن النية أو سىء النية وقت القبض، أما بالنسبة للحائز فإنه لا يستحق من الثمار إلا ما قبضه وهو حسن النية.

الثانية : من حيث الحقوق العينية التى رتبها الحائز على الشىء خلال مدة التقادم والتى رتبها المالك الأصلى خلال هذه المدة. نتيجة للأثر الرجعى تكون الأولى صحيحة باعتباره صادرها من مالك. وتعتبر الثانية غير نافذة فى حق الحائز باعتبارها صادرة من غير مالك.

٤- أثر التملك بالتقادم الخمسى على الدعاوى الشخصية

وهنا يجب أن نفرق بين نوعين من الدعاوى الشخصية :

(أ) الدعاوى الشخصية ضد سند من تصرف فى الشىء إلى الحائز

فى التقادم الخمسى، قد يكون المتصرف فى الشىء إلى الحائز هو نفسه حائزاً عرضياً له بوصفه مستأجراً أو وكيلاً أو مودعاً لديه أو غير ذلك، فيكون ملزماً برد الشىء إلى المالك بمقتضى العقد المبرم بينهما، فلا يحول التقادم دون بقاء المتصرف فى مثل هذه الحالات ملزماً برد الشىء إلى المالك، فإذا لم يقم المتصرف بتنفيذ التزامه بالرد يستطيع المالك أن يرجع على الحائز. بدعوى الاستحقاق لاسترداد الشىء ما لم يكن قد كسب الحائز ملكيته بالتقادم، فى هذه الحالة لم يبق أمام المالك إلا الرجوع بالتعويض على المتصرف. وقد يكون سند

---

(١) نقض ١٩٩٦/٦/٤ س٢٠ ص٨٥٨، ١٩٨١/٥/١٢ س٣٢ ص١٤٤٠، ١٩٨٨/١٢/١٨ الطعن رقم ٣٣٧ سنة ٥٦ق.

ملكية المتصرف فى الشيء إلى الحائز مشوباً بما يجعله باطلاً أو قابلاً للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك. ولا يحول التقادم أيضاً في مثل هذه الحالات دون بقاء حق المالك فى الرجوع على المتصرف إلى الحائز، فيؤدى هذا الرجوع إلى إلغاء سند المتصرف، يترتب على ذلك : إذا لم يكن التقادم قد اكتملت مدته يستطيع المالك أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز لاسترداد الشيء منه. أما إذا صار الحائز مالكاً بالتقادم المكسب، فإنه يصبح فى مأمن من دعوى الاستحقاق هذه، حيث يحول التقادم دون هذا الاستحقاق، ولا يبقى أمام المالك الأصلى إلا الرجوع بالتعويض على المتصرف".

(ب) الدعاوى الشخصية ضد الحائز

هذه الدعاوى تتعلق بسند الحائز نفسه – ويحكمها مبدأ بسيط أنه لا يجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم إلا فى مواجهة الغير، وعلى ذلك لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم ضد من تصرف له فى الشيء أو دائنيه حيث يحكم العلاقة بينهما التصرف الصادر إلى الحائز.

وبناءً على ذلك الدعاوى الشخصية التى تقام ضد المتصرف والحائز على أساس سند الحائز، كالدعاوى البوليصية التى يرفعها الدائن على المدين المتصرف من صدر له التصرف (الحائز) كى يصل إلى عدم نفاذ التصرف فى حقه، فلا يجوز للحائز أن يدفعها بالتقادم الخمسى.

وكذلك الحال إذا كان التصرف الذى تلقى به الحائز الحق الذى يحوزه مشوباً بما يجعله قابلاً للإبطال أو الفسخ، فإن الدعاوى التى تكون للمتصرف أو دائنيه بناءً على هذه الأسباب لا تسقط إلا بالتقادم الخاص بها". فإذا لم تكن قد تقادمت جاز رفعها على الحائز رغم كسبه الحق بالتقادم. ومقتضى هذا أنه إذا نجح المتصرف فى دعواه الشخصية ضد الحائز، استطاع أن يسترد منه الشيء رغم كسبه الحق بالتقادم المكسب لأنه لا يجوز التمسك بالتقادم فى مواجهته. وكذلك الأمر بالنسبة للدعوى الشخصية التى يباشرها أحد دائنى المتصرف نيابة عنه ضد الحائز. ويستطيع المالك الأصلى بوصفه دائناً للمتصرف أن يباشر الدعوى الشخصية ضد الحائز نيابة عن المتصرف، فإذا نجح فى هذه الدعوى أمكنه أن يسترد الشيء من هذا الطريق رغم أن الحائز قد كسب الملكية بالتقادم".

المطلب الثانى

تملك المنقول بالحيازة

- قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز

تنص المادة ٩٧٦ مدنى على أنه "١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته" "٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشىء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها" "٣- والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

وهذه القاعدة ذو شقين :

الشق الأول : أن الحيازة فى المنقول بسبب صحيح وحسن نية تكسب الملكية أو الحق العينى.

الشق الثانى : تؤدى هذه القاعدة إلى إسقاط التكاليف والقيود العينية.

فالحيازة فى المنقول سند الحائز، أى سنده فيما يدعيه فى الأمرين.

والحيازة فى المنقول ترتب أثرها فى الحال والهدف من ذلك حماية من يتعامل فى المنقول مع غير صاحب الحق بحسن نية أى يجهل أنه يعتدى على حق الغير، وذلك حتى تستقر المعاملات. فالمنقول بحكم طبيعته ينتقل بسهولة من يد إلى يد. ومن يتعامل بشأن المنقول، كمن يشتريه أو يرتهنه، لا يعنى بالتحقيق من سند المالك اكتفاء بحيازته له وبالثقة التى يضعها فى المتصرف، ولو تطلبنا منه أن يتحقق من ملكية المتصرف لاقتضى هذا منه وقتاً لا تتحمله سرعة التعامل فى المنقول مما يؤدى إلى شل حركة التعامل". ولاحترام هذه الثقة المشروعة ولاستقرار المعاملات جعل المشرع الحيازة فى المنقول سند الحائز.

وسنعرض الآن لشقى القاعدة، كسب الحق، وسقوط التكاليف والقيود العينية، وفى النهاية نعرض للاستثناء الخاص باسترداد المنقول إذا كان مسروقاً أو ضائعاً.

أولاً : الأثر المكسب : كسب الملكية أو الحق العيني

ويشترط لترتب الحيازة في المنقول أثرها الفوري في كسب الملكية أو الحق العيني ثلاثة شروط : الحيازة، والسبب الصحيح، وحسن النية.

١- الحيازة

يجب أن تكون حيازة المنقول حيازة قانونية، بعنصريها المادى والمعنوى، وأن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب، الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض على النحو السابق بيانه، وسوف نعرض لنطاق هذه الحيازة من حيث المنقولات التى ترد عليها، ومن حيث الحقوق التى يظهر بها الحائز على المنقول.

(أ) نطاق الحيازة من حيث المنقولات التى ترد عليها

وسنعرض هنا للأصل، ثم بعد ذلك للاستثناءات الواردة عليه.

١-الأصل أن كل المنقولات التى يصح أن ترد عليها الحيازة تنطبق عليها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز. وهى تشمل المنقولات المادية التى يجوز التعامل فيها، والتى يجوز تملكها بالتقادم، والتى يكون الواحد منها محل حيازة على انفراد كالآلات وقطع الأثاث والحيوانات، وعلى ذلك لا تنطبق القاعدة فى خصوص المنقولات الآتية :

- المنقولات غير المادية، من أمثلتها سندات الديون والأوراق التجارية التى لا ينتقل الحق الثابت فيها إلا بالحوالة أو التظهير أو القيد فى الدفاتر ويستثنى منها السندات لحاملها فهى تأخذ حكم المنقول المادى (م٩٧٦/١ مدنى).
- والحقوق المعنوية، كحق المؤلف، والمخترعات والمصنفات الفكرية.
- المنقولات المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية ملكية عامة كأسلحة الجيش والشرطة والقطع الأثرية وكتب المكتبات العامة. وكذلك المنقولات المعتبرة من الأموال الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو من أموال الأوقاف، وهى وإن كان يصح أن تكون محلاً لملكية خاصة، إلا أن لا يجوز تملكها أو كسب حق عينى عليها بالتقادم.
- المنقولات المكونة لمجموعة، سواء مكونة لمجموعة قانونية كالشركة، أو مكونة لمجموعة واقعية كالمحل التجارى.

٢-الاستثناء يتعلق بالمنقولات المادية والتي تصح حيازتها ومع ذلك لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقولات وتشمل ما يلي :

- المنقولات التي يستلزم القانون في شأنها إجراءات شهر معينة، كالسفن والطائرات.
- المنقولات التي يرد التعامل عليها باعتبارها تابعة لعقار، مثل ذلك العقارات بالتخصيص.
- لا يكفي الحيازة الحكمية للتمسك بالقاعدة، فمن اشترى منقولاً من غير مالكه، وتركه وهو حسن النية لدى البائع على سبيل الإيجار أو الوديعة لا يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول. أما الحيازة الرمزية كتسليم المشترى مفتاح الخزانة التي بها المنقول، أو تسلم المشترى سندات الشحن والخزن أو الإيداع التي تمثل البضاعة يذهب بعض الفقهاء، بحق، إلى أن المشترى يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة مالكها قبل أن يتسلم البضاعة، لكن عند التنازع بين من تسلم المستندات ومن تسلم البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الذي يتمسك بالقاعدة هو من تسلم البضاعة.

(ب) من حيث الحقوق التي يجوز كسبها على المنقول بمقتضى القاعدة

تشمل الحقوق العينية التي يمكن أن ترد على المنقول وتقتضي أن يكون المنقول في حيازة صاحبها. وعلى ذلك فإنه يمكن كسب حق الملكية وحق الانتفاع أو الاستعمال، وحق الرهن الحيازي بمقتضى هذه القاعدة، وحقوق الامتياز التي تقوم على فكرة الرهن الضمني وهي حق امتياز مؤجر العقار وحق امتياز صاحب الفندق وذلك حسب الرأي السائد في الفقه.

٢- السبب الصحيح

ويراد بالسبب الصحيح هنا نفس المعنى الذي سبق أن رأيناه بصدد التقادم الخمسي ونحيل إليه. مع ملاحظة بعض الفروق الجوهرية :

١-أن السبب الصحيح بصدد القاعدة لا يشترط، بداهة، تسجيل التصرف لأن التصرف في المنقول من شأنه نقل الحق لو صدر من المالك دون تسجيل.

٢-أن السبب الصحيح في القاعدة قد افترض المشرع وجوده (م٩٧٦/٢) وبالتالي لا يلزم إثباته كما هو الشأن في التقادم الخمسي.

ومن أمثلة السبب الصحيح، أن يبيع المالك المنقول ولا يسلمه إلى المشترى الذى أصبح مالكاً له بالبيع ثم يبيع البائع المنقول إلى مشتر ثان ويسلمه فيعتبر حق البيع الأخير سبباً صحيحاً للمشترى الثانى. وكذلك إذا باع المنقول وسلمه ثم أبطل سند ملكيته أو فسخ نتيجة الأثر الرجعى للبطلان أو الفسخ يعتبر البيع صادراً من غير مالك ويصلح سبباً صحيحاً يتمسك به المشترى".

٣- حسن النية

والمقصود بحسن النية هو نفس المعنى الذى سبق أن رأيناه بصدد التقادم الخمسى. وهو أن يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير أى أنه يعتقد أنه تلقى الحق من مالك، وهذا هو المعيار الشخصى وبشرط ألا يكون جهله ناشئاً عن خطأ جسيم وهذا هو معيار موضوعى (م٩٦٥/١) وينتفى حسن النية إذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه (م٩٦٦/٢).

والوقت المعتبر فى توفر حسن النية هو وقت الحيازة (م٩٧٦/١ مدنى). فإذا كان الحائز حسن النية وقت الشراء (وقت تحقق السبب الصحيح) ثم أصبح سيء النية بأن علم بأن البائع ليس هو المالك قبل أن يتسلم المبيع فإنه لا يتملك المنقول بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول. لكن إذا كان حسن النية وقت تسلم المنقول فيتملكه بمقتضى هذه القاعدة ولا أثر لسوء النية الطارئ بعد ذلك.

وحسن النية يفترض توافره لدى حائز المنقول. إلى أن يقوم الدليل على العكس (م٩٦٥/٣، ٩٧٩/٣ مدنى). **فيكفى** أن يكون للشخص حيازة المنقول حتى يفترض أنه يحوز بناءً على سبب صحيح وبحسن نية وعلى من يدعى عكس ذلك إقامة الدليل.

- وبمجرد أن يتوافر للقاعدة هذه الشروط فإن الحائز يكسب الملكية أو الحق العينى فور حيازته للمنقول. وبالتالى يستطيع أن يدفع دعوى الاستحقاق من جانب المالك الأصلى بهذه القاعدة، وكذلك يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق فى حالة اعتداء الغير على حيازته واغتصابه المنقول منه ويتمسك فى إثبات ملكية بهذه القاعدة.

على أن الحائز يتمسك بهذه القاعدة فى مواجهة الغير. وبالتالى لا يستطيع أن يحتج فى مواجهة من تصرف له فى المنقول أو دائنيه. وعلى ذلك

على أن الحائز يتمسك بهذه القاعدة في مواجهة الغير. وبالتالي لا يستطيع أن يحتج في مواجهة من تصرف له في المنقول أو دائنيه. وعلى ذلك إذا كان لمن تصرف له دعوى شخصية ضد الحائز كدعوى المطالبة بالثمن أو دعوى إبطال التصرف أو فسخه فلا يستطيع أن يدفع الحائز في مواجهة بهذه القاعدة، بحيث لو ترتب على رفع هذه الدعوى زوال سند الحائز فإن من تصرف إليه يستطيع أن يسترد المنقول ولا يملك الحائز أن يدفع في مواجهة بهذه القاعدة.

ثانيا: الأثر المسقط للتكاليف والقيود العينية المحمل بها القانون

والقاعدة أنه "إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدي الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها" (م٩٧٦ مدني).

وعلى ذلك فإن الأثر الثاني لقاعدة الحيازة في المنقول يتمثل في أنه إذا كان المنقول محملا بتكليف عيني، كحق انتفاع أو استعمال أو رهن حيازي أو امتياز، ولكن الحائز تلقاه باعتباره خاليا من هذه التكاليف وكان حسن النية أي لا يعلم بوجودها فإنه يكسب الملكية خالصة منها.

ويشترط لتحقق هذا الأثر، بالإضافة إلى شروط الحيازة، توافر السبب الصحيح، وحسن النية، ويقصد بالسبب الصحيح هنا تصرف قانوني ناقل للملكية لم يذكر فيه ما يثقل المنقول من تكليف أو قيد حتى ولو كان هذا التصرف صادرا من المالك نفسه، ويقصد بحسن النية نفس المعنى السابق بيانه.

وقد يترتب الأثر المسقط والأثر المكسب في نفس الوقت، كما لو تلقى الحائز المنقول من غير مالك باعتباره خاليا من التكاليف، لأنه لم يرد ذكر فيما بينهما لشيء من ذلك، ولكن المنقول كان في الواقع محملا بحق رهن للغير، في هذه الحالة يكسب الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الرهن إذا كان حسن النية سواء بالنسبة للملكية أو حق الرهن، أي يعتقد أن المتصرف مالك وكان يجهل في الوقت ذاته أن المنقول مرهون".

وقد يترتب الأثر المسقط وحده، وذلك إذا تلقى الحائز من مالكه باعتباره خاليا من التكاليف، وكان المنقول في الواقع محملا بتكليف للغير. مثال

الذى تملكه دون أن يذكر فى البيع شيئاً عن حق الامتياز أو عدم استيفاء البائع الأول للثمن، ويتسلم المشترى الثانى المنقول وهو يجهل حق البائع الأول، ففى هذه الحالة يتملك المشترى الثانى بمقتضى عقد البيع ولكن حق امتياز البائع الأول يسقط بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول".

وقد طبق المشرع القاعدة الخاصة بالأثر المسقط لحيازة المنقول فى خصوص الرهن الحيازى م١١١٨/٢ مدنى. وفى خصوص حق الامتياز م١١٣٣/١ مدنى مصرى. وطبق هذا الحكم على امتياز المؤجر (م١١٤٣/٢) وامتياز صاحب الفندق (م١١٤٤/٢).

ثالثاً : الاستثناء : استرداد المنقول المسروق أو الضائع

تنص المادة ٩٧٧ مدنى على أنه "١- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة" "٢- فإذا كان من يوجد الشىء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشىء أن يعجل له الثمن الذى دفعه".

رأينا أن من يحوز المنقول بسبب صحيح وحسن نية يتملكه فى الحال وبالتالى لا يجوز للمالك الحقيقى أن يسترده منه. ولكن هذه النصوص تضمنت استثناءً على هذه القاعدة تخول للمالك الأصلى حق استرداد المنقول من الحائز خلال مدة ثلاث سنوات. وبالتالى فهذا الاستثناء يعطل أثر القاعدة تعطيلاً مؤقتاً. وهذا الاستثناء محكوم بعلته وهو خروج المنقول من يد مالكه نتيجة سرقته أو فقده، أى خرج دون رضاه أى أن المالك لم يسهم فى خلق المظهر الخارجى الذى انخدع به الحائز وهو وجود المنقول فى يد غير المالك. وهذا هو الاعتبار الذى جعل المشرع يرجح مصلحة المالك على مصلحة الحائز.

وسنعرض لشروط هذا الاستثناء، والآثار التى تترتب عليه.

١- شروط استرداد المنقول المسروق أو الضائع

يلزم لاسترداد المنقول من الحائز توافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون المنقول مسروقاً أو ضائعاً

ويراد بالسرقة فى هذا الصدد معناها الحقيقى الذى ينص عليه قانون العقوبات، وهى اختلاس منقول مملوك للغير (م ٣١١ عقوبات مصرى) فلا يجوز القياس عليها. ولكن حق الاسترداد لا يتوقف على قيود أو شروط قانون العقوبات، بمعنى أنه يجوز الاسترداد فى جميع حالات السرقة، فلا أهمية إذا كان القانون يعفى السارق من العقاب، فى بعض الحالات، أو يجعل العقاب متوقفاً على طلب المجنى عليه.

ويراد بضياع المنقول فقده بدون قصد ويستوى فى ذلك أن يكون خروج المنقول من يد الحائز نتيجة قوة قاهرة أو لمجرد الإهمال. ويقع على المسترد عبء إثبات السرقة أو الضياع.

الشرط الثانى : أن يكون المنقول فى يد حائز له بحسن نية وسبب صحيح

فهذا الحائز هو الذى يعتبر جواز استرداد المنقول منه استثناء من قاعدة الحيازة فى المنقول وهو الذى يستفيد من أحكام هذا الاستثناء فيما يتعلق بالمدة التى يجب أن ترفع دعوى الاسترداد خلالها، وفيما يتعلق بحقه فى اقتضاء الثمن الذى دفعه ممن يسترد المنقول فى حالات معينة.

أما بالنسبة للسارق أو من عثر على المنقول الضائع، أو الحائز سيء النية الذى اشترى منهما المنقول وهو يعلم أنه مسروق أو ضائع فإن المالك لا يتقيد فى مواجهتهم بأحكام هذا الاستثناء وإنما يرجع عليهم طبقاً للقواعد العامة. فيجوز للمالك أن يرفع دعوى الاستحقاق عليهم لكى يسترد المنقول وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم. ولا يستطيع هؤلاء تملك المنقول إلا بالتقادم الطويل.

الشرط الثالث : أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات

يجب لاسترداد المنقول ممن يحوزه بحسن نية وسبب صحيح أن ترفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع – وهذه المدة ميعاد سقوط يجب أن يتم الاسترداد خلالها وإلا سقط الحق فى الاسترداد. وفى هذه الحالة يجرى حكم قاعدة الحيازة فى المنقول فيصبح الحائز مالكاً بمقتضى هذه القاعدة.

٢- آثار هذا الاستثناء

الأثر المباشر لهذا الاستثناء هو حق المالك في استرداد المنقول من أى شخص يحوزه بحسن نية وسبب صحيح. حيث يستوى أن يكون الحائز الذى يباشر فى مواجهته الاسترداد أن يكون قد تلقى المنقول مباشرة من السارق أو ممن عثر عليه أو يكون قد تلقاه من شخص آخر سبق له أن تعامل مع السارق أو من عثر عليه.

- يترتب على هذا الاسترداد أن يكون للحائز حق فى الرجوع على من تصرف إليه طبقا للقواعد العامة. فإذا كان قد اشترى المنقول أمكنه أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق.
- وقد أعطى القانون للحائز حق فى استرداد الثمن من المالك إذا كان :

١- اشترى الشىء المسروق أو الضائع بحسن نية من سوق أو مزاد علنى.

٢- أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، وبالتالى يكون للحائز أن يحبس المنقول تحت يده إلى أن يسترد الثمن الذى دفعه.

- فى هذه الحالات يكون للمالك أن يرجع بالثمن الذى دفعه على السارق أو من عثر على المنقول أو الحائز الذى تلقى من أيهما المنقول بسوء نية طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. لكن لا يجوز له أن يرجع بالثمن الذى دفعه على حائز سابق حسن النية لم يكن له أن يتمسك بحكم النص المذكور.

المطلب الثالث

تملك الثمار بالحيازة

إذا لم تؤدى الحيازة إلى كسب الحق، واسترد المالك الشىء من الحائز، فقد يترتب على الحيازة أن يكسب الحائز كل أو بعض الثمار التى أنتجها الشىء أثناء حيازته.

وقد نصت المادة ١/٩٧٨ مدنى على أنه "يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية".

أولا : شروط كسب الثمار بالحيازة

يتضح من نص المادة ١/٩٧٨ مدنى أنه يجب توافر شرطان لكسب الثمار بالحيازة :

١-**الحيازة :** يجب لكسب الثمار بالحيازة أن تتوفر للحائز حيازة قانونية بعنصريها المادى والمعنوى على النحو السابق بيانه. حيث يتعين أن يكون الحائز حائزا للشيء بنية التملك، أو يكون حائزا لحق عينى على الشيء يخوله الحق فى الثمار كحق الانتفاع أو الاستعمال. أما الشخص الذى يرتب له المالك حقا عينيا على الشيء يخوله الحصول على الثمار فإن كسب الثمار يكون بمقتضى العقد.

٢-**حسن النية :** وحسن النية هنا بنفس المعنى الذى سبق أن تعرضنا له بصدد التقادم الخمسى. وهو أن الحائز يجهل أن يعتدى على حق الغير، أى أنه يعتقد أنه مالك للشيء أو أنه صاحب حق عليه يخوله للحصول على الثمار، بشرط ألا يكون جهله ناشئا عن خطأ جسيم. وينتفى حسن النية إذا كان الحائز قد اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره (م٩٦٦/٢ مدنى).

والوقت المعتبر لحسن النية هو وقت قبض الثمار (م٩٧٨/١ مدين) وحسن النية مفترض إلى أن يقوم الدليل على العكس.

ثانيا : آثار كسب الثمار بالحيازة

تنص المادة ٩٧٨/٢ مدنى على أن "والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما". ويتضح من ذلك أنه يجب التفرقة بين الثمار الطبيعية والمستحدثة من ناحية، والثمار المدنية من ناحية أخرى.

١-بالنسبة للثمار الطبيعية والمستحدثة. فإن الحائز لا يكسب من الثمار إلا ما قبضه منها وهو حسن النية. فهذه الثمار تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، كجنى القطن، أو حصد القمح وقطف الثمار، ويتم هذا الفصل بعمل يصدر من الحائز أو أحد تابعيه.

٢-أما بالنسبة للثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما. فإذا كان الحائز قد أجر العقار الذى يحوزه، فإنه يستحق الأجرة عن المدة التى كان خلالها حسن النية، حتى ولو لم يكن استوفاها أما الأجرة التى تستحق عن المدة التى كان خلالها سيء النية، فلا تكون من حقه، حتى لو كان قد استوفاها مقدما".

والحائز حسن النية حين يقبض الثمار فيكسبها فلا يحق له بطبيعة الحال أن يسترد ما أنفقه فى إنتاجها. أما الثمار التى لم يكسبها لأنه لم يقبضها، فيجوز له أن يسترد ما أنفقه فى إنتاجها.

وينتهى حق الحائز فى كسب الثمار، حين يزول حسن النية لديه وتنص المادة ١/٩٦٦ مدنى على أن "لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير. وبذلك يكون سوء النية الطارئ أثناء الحيازة يحول دون كسب الثمار التى تقبض بعد ذلك. كما يزول حسن النية لديه وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى (م٢/٩٦٦) فالمالك الذى يرفع دعوى الاستحقاق يكون له الحق فى الثمار من يوم رفع الدعوى.

- مسؤولية الحائز سيء النية عن الثمار

تنص المادة ٩٧٩ مدنى على أنه "يكون الحائز سيء النية مسؤولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى يقصر فى قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار".

فالحائز سيء النية يلتزم منذ البداية برد الثمار التى أنتجها الشيء طوال مدة الحيازة. وإذا كان أصبح سيء النية أثناء الحيازة التزم برد الثمار من الوقت الذى أصبح فيه كذلك، ويعتبر حتما سيء النية من وقت رفع الدعوى عليه.

وتمتد مسؤولية الحائز سيء النية عن الثمار لتشمل الثمار التى قبضها والثمار التى قصر فى قبضها، فى مقابل ذلك يجوز للحائز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار.

والتزام الحائز سيء النية برد الثمرات يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة م٢/٣٧٥ مدنى لأنه ليس من الحقوق الدورية المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى[1].

---

(١) نقض ١٩٩١/٥/٢٠ س٤٢ ص١٢٨٥، نقض ١٩٩٣/١/٢١ س٤٤ ص١٧٤.

الميراث والوصية

الميراث هو انتقال المال من ذمة شخص توفى إلى ذمة شخص حي أو أكثر. ففيه يخلف الوارث المورث فى ماله وذلك بناءً على واقعة مادية وهو الموت. والاستخلاف يتم فى هذه الحالة بقوة القانون. ويعتبر الوارث خلفاً عاماً سواء كان يخلف السلف فى كل التركة أو حصة منها.

أما الموصى له فإنه لا يعتبر خلفاً عاماً إلا إذا كان موصى له بحصة معينة فى التركة، أما إذا كان موصى له بعين معينة فإنه يكون خلفاً خاصاً فى خصوص هذه العين.

المبحث الأول

الميراث

الحقوق المالية التى تنتقل بالميراث:

تنتقل إلى الوارث بطريق الميراث جميع حقوق التركة، وهى الحقوق المالية التى كانت للمورث، سواء كانت حقوقاً عينية أو شخصية.

ويستثنى من ذلك الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية والتى تنقضى بالموت، كحق الانتفاع وحق الإستعمال والسكنى.

شهر حق الإرث:

تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى على أنه "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق" "ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة".

ويتم التقدم بطلب شهر حق الإرث من الوارث أو من يقوم مقامه وكذلك من جانب كل ذى شأن (م ٤٨ من قانون الشهر العقارى).

أولاً: المركز القانونى للوارث:

استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث:

تعتبر شخصية الوارث مستقلة تماماً عن شخصية المورث. وأن أموال التركة تنتقل إلى الوراث بمجرد موت المورث، إلا أنها تكون محملة بحقوق دائنى المورث، بحيث ينحصر ضمان هؤلاء الدائنين فى تلك الأموال، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة ولو كانت أموال التركة لا تكفى للوفاء بديونهم.

ثانياً: حقوق دائنى المورث:

حماية دائنى المورث من مزاحمة دائنى الوارث:

يترتب على استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث أن ينحصر ضمان دائنى المورث فى أموال تركته، فلا يجوز لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة ولو كانت أموال التركة لا تكفى للوفاء بديونهم.

ويقابل ذلك أن تحمل أموال التركة بحق عينى تبعى لصالح الدائنين العاديين بمقتضى القانون يترتب عليه أن دائنى الوارث لا يستطيعون مزاحمة دائنى المورث فى اقتضاء حقوقهم من هذه الأموال.

حماية دائنى المورث من تصرف الوارث:

يترتب على تملك الوارث لأموال التركة المدينة من وقت الوفاة أن يكون فى استطاعته من هذا الوقت التصرف فى تلك الأموال، حيث يقع تصرفه صحيحاً باعتباره صادراً من مالك ويترتب على ذلك أن يقوم تعارض بين مصلحة دائنى المورث الذين تعلقت حقوقهم بأموال التركة ومصلحة المتصرف إليه. ولا يكفى لحماية حقوق دائنى المورث أن يعترف لهم القانون بحق عينى تبعى على أموال التركة بل يجب أن تنظم الوسيلة التى تكفل لهم الاحتجاج بحقوقهم على من صدر له التصرف. وعلى ذلك يجب أن نفرق بين التصرف فى العقار والتصرف فى المنقول.

١- التصرف فى العقار:

- المفاضلة بين حقوق دائنى المورث وحقوق المتصرف إليه على أساس الشهر.

القاعدة أنه لا يجوز شهر تصرف يصدر من الوارث فى حق عينى على عقار من عقارات التركة إلا إذا تم تسجيل حق الإرث، ومعنى هذا أنه إذا لم يتم تسجيل حق الإرث فلا يستطيع المتصرف إليه أن يتوصل إلى شهر التصرف وبالتالى لا يكسب الحق فى مواجهة دائنى التركة وإنما يكون بالنسبة إليهم مجرد دائن عادى للوارث.

أما إذا تم تسجيل حق الإرث فإن المتصرف إليه يستطيع أن يقوم بشهر التصرف وبذلك سيكون تعارض بين مصلحة المتصرف إليه من الوارث ومصلحة دائنى المورث. وقد نظم القانون أساس معين تقوم عليه المفاضلة بينهما:

تصرف الوارث فى عقارات التركة المدينة التى لم تخضع لنظام التصفية:

١- إذا تم التأشير بالدين فى خلال سنة من تسجيل حق الإرث (م ٩١٤ مدنى، م ١٤ شهر عقارى) فى هامش تسجيل حق الإرث صار حقه نافذاً فى مواجهة كل من يتلقى من الوارث حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة، ويكون له أن يتتبع العقار فينفذ بحقه عليه فى يد المتصرف إليه[1].

٢- إذا تم التأشير بالدين بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث، فإن المفاضلة بين المتصرف إليه من الوارث وبين دائنى المورث تكون على أساس الأسبقية فى الشهر.

تصرف الوارث فى عقارات التركة المدينة التى خضعت لنظام التصفية:

فإن قيد الأمر الصادر من المحكمة بتعيين المصفى يقوم مقام تأشير الدائن بدينه فى هامش تسجيل حق الإرث. ويطبق نفس القواعد السابقة.

٢- التصرف فى منقول:

المفاضلة بين حقوق دائنى المورث وحق المتصرف إليه على أساس قاعدة الحيازة فى المنقول.

فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى المنقول من الوارث وهو لا يعلم أنه من أموال تركة لم تسدد ديونها فإنه يكون حسن النية، ومن ثم ينطبق فى شأنه قاعدة الحيازة فى المنقول من حيث أثرها المسقط، وفى هذه الحالة يكسب ملكية

---

(١) نقض ١٩٩٢/٦/٢٣ س ٤٣ ص ٨٧٦.

المنقول خالصة من الحق العينى التبعى الذى كان يثقله لصالح الدائنين، فلا يكون لهؤلاء أن يحتجوا عليه بحقوقهم.

وقد نظم القانون سداد ديون التركة، وتصفيتها وتسليم الأموال وقسمتها وهى أحكام تفصيلية لا مجال للخوض فيها حيث أن طبيعة المقرر لا تسمح بذلك ... فنحيل فيها إلى المراجع المتخصصة فى ذلك.

المبحث الثانى

الوصية

الوصية، تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت (م ١ من قانون الولاية) فأثر الوصية لا يترتب فى حياة الموصى وإنما بعد موته.

والوصية، كالميراث تعتبر سببا لكسب الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها. ولكن سنقصر دراستنا على الوصية كسبب لكسب حق الملكية، على أساس أن ما يقال عن الملكية يصدق على الحقوق الأخرى.

أولا: انتقال الملكية بمجرد موت الموصى

الوصية تصرف قانونى بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت. فلا يترتب عليها أثرها إلا بعد موت الموصى. وبالتالى تتم الوصية دون التوقف على قبول الموصى له. ولكن قبول الموصى له يعتبر شرطا للزوم الوصية به يمتنع الرد. (م ١/٢٠ من قانون الوصية). والوصية تصرف غير لازم بالنسبة للموصى فيجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها صراحة أو دلالة (م ١٨ من قانون الوصية).

وتنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإن كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة (م ١/٢ من قانون الوصية).

ويترتب على انتقال الملكية إلى الموصى له بمجرد موت الموصى أن يكون للموصى ثمار الموصى به ونماؤه من حين الموت باعتبارهما ثمار أو نماء ملكه.

ثانياً: شهر الوصية

إذا كان الأصل أن تثبت الملكية للموصى له من وقت وفاة الموصى إلا أنه يجب مراعاة ما يتطلبه قانون الشهر العقارى من ضرورة شهر الوصية حتى تنتقل الملكية بالنسبة للعقار (م ٩ من قانون الشهر العقارى).

وقد يتم تسجيل الوصية حال حياة الموصى ولكن الملكية لا تنتقل إلا إذا مات مصراً عليها، حينئذ تنتقل ملكية العقار إلى الموصى له بمجرد الوفاة. والغالب فى الحياة العملية أن يتم شهر الوصية بعد وفاة الموصى ويكون ذلك إما بتسجيل المحرر المثبت لها أو الحكم الصادر بصحتها. والأمر يتوقف على كيفية صدور الوصية من الموصى، فإذا كانت الوصية ثابتة فى ورقة رسمية أو ورقة عرفية مصدقاً على توقيع الموصى عليها فلا يثير تسجيلها صعوبة. أما إذا كانت الوصية ثابتة فى ورقة مكتوبة جميعها بخط الموصى وعليها إمضاءه دون أن يتم التصديق على هذا الإمضاء، فيجب حتى يستطيع الموصى له شهرها أن يحصل على إقرار من الورثة بالوصية مع التصديق على توقيعاتهم ثم يسجل هذا الإقرار، فإذا تعذر عليه الحصول على هذا الإقرار فيلجأ إلى القضاء ليستصدر حكماً بصحة الوصية ثم يسجل هذا الحكم. فإذا لم تكن الوصية ثابتة فى شئ من ذلك، فإن الأمر يتوقف على إقرار الورثة بها وعندئذ يمكن تسجيل الإقرار بعد التصديق على توقيعاتهم.

وقبل تسجيل الوصية يكون العقار، بعد وفاة الموصى، ملكاً للورثة. ولكن الوصية غير المسجلة تلزم الورثة بنقل ملكية العقار إلى الموصى له الذى يعتبر فى مركز دائنى التركة فيسرى عليه ما يسرى على الدائنين من حيث أثر التأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث، وكذلك أثر قيد الأمر بتعيين المصفى على النحو السابق بيانه، لكن هذا لا يمنع من أن ثمار العقار تكون من حق الموصى له من وقت وفاة الموصى لأن الورثة يلتزمون أيضاً بتسليم العقار، والالتزام بالتسليم يشمل العقار وتوابعه.

ثالثاً: الخلافة العامة والخلافة الخاصة للموصى له والقدر الجائز الإيصاء به

إذا كانت الوصية بحصة من مجموع التركة، فيكون الموصى له خلفاً عاماً للموصى ويكون مركزه كمركز الوارث. أما إذا كانت الوصية بعين معينة

أو بحصة شائعة فى عين معينة أو بحصة شائعة فى نوع من أموال التركة، كان الموصى له خلفاً خاصاً للموصى".

والموصى له يتقدم على الورثة، فى استيفاء حقه من أموال التركة بعد الوفاء بالديون، فلا يأخذ الورثة إلا ما بقى من هذه الأموال بعد الوفاء بنفقات تجهيز المتوفى وسداد الديون وإعطاء الموصى له ما يستحقه بموجب الوصية.

ولا تنفذ الوصية فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث وما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة.

رابعاً: التحايل على أحكام الوصية

الأصل أن للشخص، ما دام كامل الأهلية متمتعاً بقواه العقلية، حرية التصرف فى أمواله، كلها أو بعضها، بعوض أو على سبيل التبرع وذلك فى حال حياته ولا سلطان للورثة المحتملين على ذلك، حيث لا يحق لهم الاعتراض على شئ من ذلك. أما حق الشخص فى الإيصاء فهو محدود بثلث التركة بحيث لا تنفذ الوصية فى حق الورثة فيما يجاوز الثالث إلا بإجازتهم.

وغالباً ما يحدث تحايل على أحكام الوصية بستر الوصية فى صورة تصرف منجز حال الحياة أو بستر التبرع الصادر فى مرض الموت فى صورة معاوضة. فيكون حينئذ للورثة أن يثبتوا حقيقة التصرف حتى لا ينفذ فى حقهم إلا فى حدو د ثلث التركة. وتيسراً على ذوى الشأن فى الإثبات وضع المشرع فى المادتين ٩١٦، ٩١٧ قرينتين فى حالتى التصرف فى مرض الموت والتصرف لوارث مع احتفاظ المتصرف بحيازة العين والانتفاع مدى حياته.

فتنص المادة ٩١٦ مدنى على أنه "١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف".

"٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".

"٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

- وتنص المادة ٩١٧ مدنى على أنه "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك".

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المطلب الثانى: القيود القانونية	٤٣
- طبيعة القيود القانونية	٤٤
- نتائج التفرقة بين القيود القانونية وحقوق الارتفاق	٤٥
- خطة الدراسة	٤٦
أولا: القيود الخاصة باستعمال حق الملكية(التزامات الجوار)	٤٦
١- معيار الغلو فى استعمال الحق	٤٩
٢- جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة وأثر الترخيص الإدارى	٥٣
٣- أساس المسئولية عن المضار غير المألوفة	٥٤
ثانياً: القيود التى تتعلق بالمياه	٥٦
١- حق الشرب	٥٦
٢- حق المجرى	٥٧
٣- حق الصرف أو المسيل	٥٨
ثالثاً: القيد الخاص بالمرور القانونى	٦٠
(أولاً) نطاقه	٦١
(ثانياً) أحكامه	٦٥
(ثالثاً) الانحباس الناشئ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى	٦٩
رابعاً: القيود التى ترجع إلى التلاصق فى الجوار	٧٥
١- وضع الحدود	٧٥
٢- الحائط الفاصل	٧٦
٣- المطلات والمناور	٨٠
الفصل الثانى: الملكية الشائعة	٨٥
الفرع الأول: القواعد العامة فى الشيوع	٨٦
المبحث الأول: أحكام الشيوع	٨٧
المطلب الأول: طبيعة حق الشريك المشتاع	٨٧
أولاً: حق الشريك المشتاع حق الملكية	٨٧
ثانياً: حق الشريك المشتاع مقيد بحقوق الآخرين	٨٩
المطلب الثانى: سلطات الملاك المشتاعين	٩٠

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
الشرط الأول: ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين	٣٠٥
الشرط الثاني: ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف ثمن الأرض المبيعة	٣٠٥
ثانياً: تزاحم الشفعاء:	٣٠٦
الصورة الأولى: التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة ..	٣٠٦
الصورة الثانية: التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة	٣٠٧
- التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم	٣٠٧
- وضع المشكلة	٣٠٧
الصورة الثالثة: التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحد منهم	٣٠٩
المطلب الثاني: شروط الشفعة:	٣١١
أولاً: شروط التصرف المشفوع فيه	٣١٢
- لاشفعة إلا في البيع	٣١٢
أ- انحصار نطاق الشفعة في البيع:	٣١٢
١- استبعاد ماعداه من تصرفات قانونية	٣١٢
٢- استبعاد البيوع التي لاتجوز فيها الشفعة	٣١٣
(أولا): لايجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون	٣١٣
(ثانيا): البيع بين الزوجين أو بين الأقارب والأصهار إلى درجة معينة طبقاً لما تنص عليه المادة ٩٣٩/ب	٣١٤
(ثالثا): لاتجوز الشفعة إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة	٣١٤
(رابعا): البيوع التي منعت تشريعات أخرى الأخذ بالشفعة فيها......................	٣١٥
- مسلك القضاء	٣١٥
٣- الشروط الواجب توافرها في البيع المشفوع فيه ..	٣١٦
(أ) يجب أن يكون للبيع وجود قانوني	٣١٦
(ب) يجب أن يكون البيع حقيقياً	٣١٧
(ج) يجب أن يكون البيع بيعاً صرفاً	٣١٩
(د) يجب أن يكون البيع تاماً	٣٢٠
- الشفعة في عقد البيع غير المسجل	٣٢١

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة